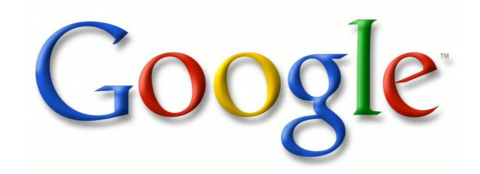
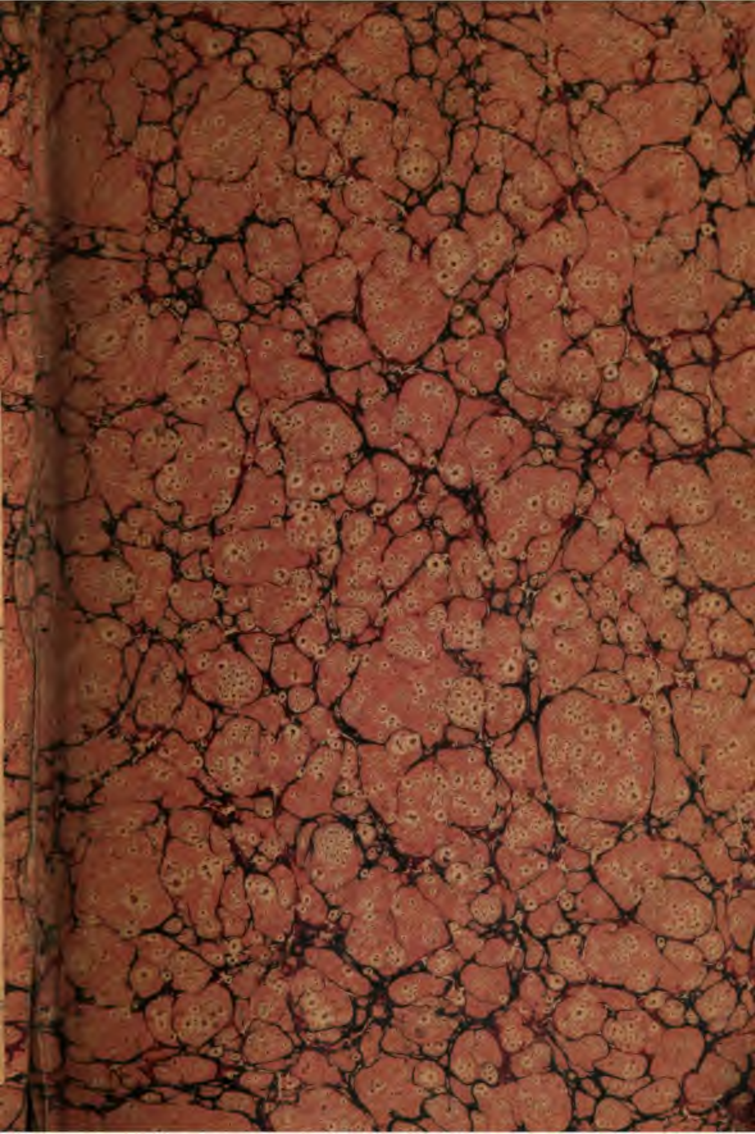
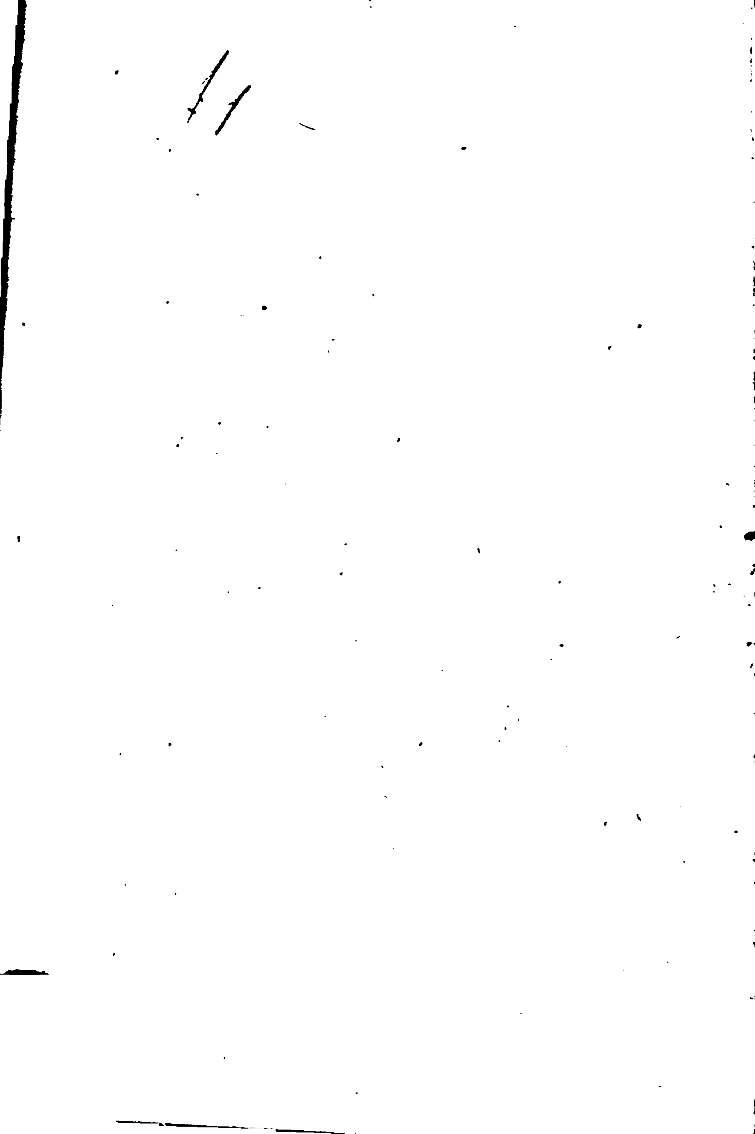

Google




SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS





Mexico

ENJUICIAMIENTO CONVENCIONAL.

ENSAYO

SOBRE

LA SUSTANCIACION CIVIL

POR

FRANCISCO J. VILLALOBOS.

MÉXICO.
IMPRENTA DE I. ESCALANTE,
BAJOS DE SAN AGUSTIN, N. 1.

1878.

CAPITULO PRIMERO.

Causas del atraso en que la legislacion romana dejó el enjuiciamiento.—Así permaneció hasta el siglo XVIII.—Reforma iniciada por la revolucion francesa.—El estado actual de la sustanciacion civil dista mucho de ser satisfactorio aun en los pueblos mas cultos.

El monumento ideal que Horacio logró erigir con sus odas, si bien mas elevado que las Pirámides, no alcanza las grandiosas proporciones del que inauguró Justiniano compilando el Cuerpo del Derecho. Ambos son templos levantados al genio; pero en el uno solo es dado entrar á los admiradores de lo bello, miéntras que en el otro recibe la humanidad entera los oráculos de la justicia. Faltó, sin embargo, el coronamiento á la

obra imperial, á pesar de estar en ella acumulados los trabajos científicos de seis centurias; y los que se impendieron de entónces acá, tampoco han sido bastantes para darle cima.

En la jurisprudencia hay que considerar el *derecho* propiamente dicho y el *procedimiento*. Los romanos llevaron el primero á un grado tal de perfeccionamiento, que ya no hay encomios con que realzar los que tan merecida como ingeniosamente se le han tributado. No cupo igual suerte al segundo, que por desgracia quedó en mayor atraso del que hoy guarda en los países de orígen latino.

Hasta cierto punto se explica esta disparidad por la marcha que, conforme al órden ideológico, debe seguir el espíritu humano en sus investigaciones. Como el *procedimiento* no es mas que una aplicacion práctica del *derecho*, y como toda

aplicacion supone la preexistencia de la cosa aplicada, á este hubieron los juristas de dirigir preferentemente sus estudios.

Y si bien en toda sociedad, ántes que disquisiciones jurídicas, hubo juicios patriarcales, como necesaria consecuencia de la organizacion de la familia y de la tribu, esto no arguye en contra de la preexistencia del derecho, cuyos principios fundamentales reconoce intuitivamente el hombre; viniendo luego las investigaciones científicas á facilitar el desenvolvimiento de ellos, á medida que lo va demandando la sucesiva complicacion de los intereses sociales.

La relacion que, en realidad, existe entre el *derecho* y el *procedimiento*, es la que média entre una ciencia y el arte de ella derivado. La ciencia es una serie de conocimientos deducidos de los primeros

principios. El arte es una coleccion de reglas para hacer bien cualquiera cosa. Ambos tienen conexion estrecha, en tanto que los preceptos artísticos deben, hasta donde es posible, basarse en las observaciones científicas; pero no por eso deja de separarlos una diferencia bien marcada. El arte aconseja, prescribe, dirige: la ciencia observa, expone, explica. "Propiamente hablando," dice Rossi, "la "ciencia no se encamina á un resultado "próximo. Desde que se trata del em"pleo que puede hacerse de ella, ó del "partido que hay que sacarle, se deja la "esfera de la ciencia para caer en la del "arte. La ciencia no es mas, en todas "las cosas, que la posesion de la verdad, "el conocimiento razonado de las rela"ciones que se derivan de la naturaleza "de ellas."

Cuando un astrónomo observa y des-

cribe el curso de los astros, trabaja por la ciencia; pero si, una vez hechas sus observaciones, encuentra en ellas reglas aplicables á la navegacion, se ocupa entónces del arte. De igual manera, el jurisconsulto que, razonando sobre los inmutables principios de la justicia, en cuanto se relacionan con la propiedad y el bienestar personales, deduce de ellos nuevas consecuencias, las amplifica, las combina, para dar mayor desarrollo á la serie tradicional de conocimientos trasmitida por sus predecesores, cultiva la ciencia del derecho. Dilucidadas en abstracto las cuestiones que ella entraña, es natural que se pase, con la mira de utilizarla prácticamente, á establecer un método por cuyo medio se logre determinar con acierto la posicion jurídica de las personas sometidas á la accion de los tribunales. Hé aquí el *arte de enjuiciar*,

ó sea la ciencia aplicada á la tuicion de las garantías individuales.

Así es que en toda sociedad los estudios sobre el *derecho* tienen por razon natural que avanzarse respecto de los que acercà del *procedimiento* se emprendan. Pero como esta sola circunstancia no basta, por lo que hace á la jurisprudencia romana, para explicar la inmensa distancia que entre uno y otro se advierte, hay que recurrir á la historia en busca de alguna causa concomitante, y desde luego se la descubre en la primitiva organizacion de Roma.

Establecido una vez el Senado con cien de los mas respetables ancianos, ellos y sus descendientes se arrogaron con el título de *patricios* la supremacía respecto de las demás clases, á cuyos individuos se daba el nombre de *plebeyos*. Los primeros solamente podian *juzgar*, por-

que les estaba reservado el ejercicio de la magistratura: solo ellos podian *triunfar*, porque nunca se confiaba á los plebeyos el mando de los ejércitos: ellos únicamente podian *consagrar*, porque el sacerdocio era ministerio exclusivo de los patricios. Tenian los plebeyos de acabar por rebelarse contra la depresiva condicion á que se les reducia, y de ahí resultaron entre ambos órdenes aquellas tumultuosas desavenencias á que dió término la transaccion del monte Janículo.

Perdidas las prerogativas de la aristocracia, trataron los patricios de recuperarlas con el *patronato*, dispensando artificiosamente á los plebeyos, con otros auxilios, el de la defensa judicial.

Como el patronato, mas que proteccion, era un ardid para perpetuar el predominio de la clase privilegiada, al interes de ella convenia asegurarse el exclu-

sivismo en el ejercicio de sus funciones protectorias; y por lo tocante á la de abogar, recurrió á la estratagema de introducir en los juicios una tramitacion caprichosa y pedantesca, cuyo mecanismo conservaba en la mayor reserva.

Así pués, el procedimiento vino á ser un arte oscuro y simbólico sujeto á fórmulas tan arbitrarias como rigorosas, de las cuales no era lícito separarse un ápice, ni omitir una palabra ó una sílaba, sin riesgo de comprometer el éxito del litigio: *Cadit a sillaba, cadit a totto.* Si alguna de esas fórmulas llegaba á divulgarse, inmediatamente se la sustituia con otra, quedando abolida la antigua; y de tal manera crecia con esto el embrollo, que no sin razon se hablaba de los asuntos del foro como de cosas enigmáticas é inextricables: *juris nodos, legum ænigmata.*

No fué bastante la divulgacion de las fórmulas hecha sucesivamente por Cnyo Flavio y Elio Caton, para desvirtuar la prepotencia del patriciado, quien logró todavía prolongarla formando, mediante las controversias forenses y la interpretacion de las leyes, un cuerpo de doctrina del cual era único poseedor. Pero una vez puesto el procedimiento en noticia de todas las clases, pues que lo enseñó públicamente Tiberio Carnucanio pocos años ántes de Augusto, podria haberse creido que no debiera tardar en salir del estado de retraso en que se quiso intencionalmente conservarlo.

El mal, por desgracia, era orgánico, y estaba de tal modo arraigado en las instituciones y en las costumbres, que no fué sino muy lentamente desapareciendo, merced á la accion del tiempo combinada con el vigoroso impulso que dieron

á la ciencia las escuelas de Próculo y Sabino.

Solo en raros casos se juzgaba sumariamente, anteponiendo el conocimiento de la verdad á la observancia de las fórmulas, y entónces el procedimiento tomaba el carácter y la denominacion de *extraordinario;* pero siguieron siendo de rigor en el juicio ordinario, el cual tenia ademas su parte mímica, á la que se atribuia una importancia ridícula. Se acostumbró, por ejemplo, para dar principio al juicio, que los litigantes, provisto cada cual de una vara, las cruzaran, poniéndose en guardia, como si fueran á batirse á la espada. Se sustituyó despues esta farsa con la siguiente: al comparecer las partes ante el pretor, las despedia de su presencia por primer trámite; y retirándose ellas á corta distancia del tribunal, volvian en el acto á exponer la

causa de sus diferencias. En las cuestiones sobre propiedad territorial el actor se presentaba al juicio llevando en la mano un pedrusco ó un césped arrancado del predio litigioso, como para hacer èn la parte la reivindicacion del todo.

No hay, sin embargo, que maravillarse de tales prácticas ni de su larga subsistencia, cuando los curiales de nuestros dias consideran aún, como actos importantes para la toma de posesion, los de tirar piedras y cortar yerba!

Logró, por fin, la filosofía del derecho sobreponerse al empirismo rutinario en tiempo de Constantino, quien decretó la supresion de las fórmulas; y á ella se refiere Justiniano, al declarar que en su tiempo todos los juicios eran extraordinarios. (*)

(*) Instit., lib. 4º, tít. 15, § ult.

Rudimentalmente formulado en las Doce Tablas el *derecho* propiamente dicho, y elevado al rango de ciencia en el gran movimiento literario de la era de Augusto, se hallaba ya en el reinado de los Antoninos tan adelantado casi como hoy lo está: así fué que se aproximaba á su apogeo siglo y medio ántes de iniciarse la reforma del *procedimiento.*

Ella tenia que irse operando tan lentamente, como era preciso para superar la resistencia que por lo regular oponen los abusos sancionados por prácticas seculares. Justiniano encontró la mejora en estado de germinacion, y así hubo de consignarla en el Cuerpo del Derecho.

Durante el período trascurrido desde entónces hasta la revolucion francesa, fueron imperceptibles los avances dela regeneracion procesal. Los glosadores, por mas que sean estimables sus trabajos, no

podian elevarse á la altura necesaria para dar cima á la jurisprudencia romana. Obra tiene que ser esta de un estado tan floreciente de civilizacion, como el que produjo las eminentes doctrinas condensadas en el Cuerpo del Derecho. Ellos se limitaban á estudiar y admirar esa vasta concrecion científica, analizándola por partículas diluidas en un piélago de comentarios, para luego hacer mas ó ménos acertadas aplicaciones del análisis á las cuestiones prácticas que se proponian dilucidar.

Los gobernantes, como tenian que marchar sobre las huellas de los glosadores, estaban todavía en menor aptitud que estos para mejorar el sistema de enjuiciamiento. ¿Qué mas podia habérseles en aquel tiempo exigido, sino que procuraran hacer á los pueblos partícipes del beneficio que se propuso Justiniano

realizar para los suyos? Así lo verificaron adoptando la legislacion romana; pero no habia entónces la cultura bastante para proceder con aquel exquisito discernimiento que entresaca lo bueno, y desecha ó reforma lo que no lo es, adecuándolo todo á las circunstancias de lugar y de tiempo.

Para los romanos era casi desconocida la industria; y los emperadores, desde el tiempo de Tiberio, no hacian en materia de comercio mas que oprimirlo. Mal se podia en tal situacion apreciar cuánto influyen para el engrandecimiento social, la facilidad en las transacciones y la celeridad de los juicios. Los pueblos de la edad média, siendo, por el contrario, industriales y comerciantes, repugnaban la legislacion justiniánea por las embarazosas solemnidades de algunos contratos y la dilatada tramitacion foren-

se, y creían, con razon, bajo uno y otro aspecto preferibles sus costumbres y estatutos municipales.

Entorpecido así el procedimiento, iba siendo mas costoso y tardío á proporcion que los negocios judiciales aumentaban á la par de la poblacion y de la riqueza pública. Se derogaban y promulgaban leyes para expeditarlo; pero, ya por estar calcadas sobre el modelo romano, ya por ser providencias aisladas que no podian converger á un sistema determinado de actuaciones, mas se complicaban estas, y ménos uniformidad habia en la práctica, reagravándose el desórden con la multiplicidad de los tribunales privativos.

Llegó por fin el siglo XVIII. Su espíritu filosófico no podia ménos de rebelarse en contra de las embarazosas formalidades de los juicios, á las cuales que-

daba por lo comun sacrificado el buen derecho, "*la forme emporte le fond.*" Este abuso era el que Voltaire ridiculizaba, cuando decia: "*Il ne serait pas mal de* "*trouver un biais, pour que le fond l'em-* "*portât sur la forme.*"

La revolucion francesa, ese inmenso fanal en que se incendiaba la Francia para alumbrar el mundo, consumió los bailiajes y los parlamentos, para dar lugar á los juzgados de paz y al tribunal de casacion, convirtiendo, á la vez, aquel caos de enjuiciamiento romano, fueros municipales y abusivas prácticas en un compendioso código de procedimientos.

Casi todos los estados en que rigió el derecho romano, tomando ejemplo en la codificacion napoleónica, han emprendido la reforma de su legislacion procesal. Diminucion de trámites, brevedad en los términos, simplicidad en las for-

mas y economía en los gastos! Hé aquí las ideas que los legisladores se han propuesto realizar en la reforma. ¿Pero han logrado su propósito? La obra está muy distante aún de su perfeccion. La administracion de justicia en lo civil es por todas partes cara y tardía. Los litigios arruinan con frecuencia á quienes los ganan.

Entre las naciones en que no llegó á regir el derecho romano, la Inglaterra, que tanto y tan firmemente ha progresado sin alteracion sustancial de sus antiguas instituciones, es la que pudiera con mejor título preciarse de la bondad de ellas. Allí, sin embargo, el procedimiento no aventaja considerablemente en celeridad al adoptado por las legislaciones romanizadas; y basta reseñarlo en lo sustancial para convencerse de ello.

Despues del llamamiento á juicio (*sum-*

mons), y presentadas la demanda y la respuesta *(pleadings)*, viene la defensa *(issue)*, que puede referirse al derecho ó al hecho, objetándose la aplicacion del uno, ó negando la existencia ó exactitud del otro. En el primer caso resuelve la *corte inferior*, y en el segundo el jurado. Pero siendo estrictas y minuciosas por demas las reglas del procedimiento, hay que irlas observando paso á paso y dia por dia; porque en caso de infraccion ó de negligencia en cualquiera de los grados de la instancia, pueden sufrir detrimento los intereses de los litigantes: el reo se expone á ser condenado por omision *(par défaut)*, y el actor á que se le declare en estado de *non instance*, lo que equivale á la inutilizacion de todas las diligencias hasta entónces practicadas.

Así por esta circunstancia, como por

disponerlo expresamente la ley, tienen los litigantes que hacerse representar, excepto el caso de insolvencia, por procuradores instruidos en todos los ápices del enjuiciamiento.

Puede haber una, dos ó tres instancias, y ademas de ellas la apelacion. Las instancias segunda y tercera no son, como en los países latinos, grados superiores del juicio, sino nuevos juicios (*new trials*) en que conocen, así como en la primera, las *cortes inferiores* ó el *jury*, y se conceden en caso de falta de sustanciacion, de conducta impropia de los jurados, de impericia del juez ó de condenacion exorbitante; bien que si dos *jurys* pronuncian en el mismo sentido, es raro que se conceda la tercera instancia. La apelacion es un recurso extraordinario que se interpone ante las *cortes superiores*, y que solo tiene lugar en ca-

so de injusticia notoria, ó de irregularidad en el procedimiento.

Por lo que hace al costo de la justicia inglesa, basta traer á la memoria las siguientes palabras de Benthan: "El que "no tenga quinientas ó seiscientas libras "para divertirse en litigar, no está en ap- "titud de entrar en juicio. Cuando su "fortuna no permite al litigante valerse "de procuradores, una equivocacion pue- "de hacerle perder la causa mas justa. "A juicio de los curiales ingleses, la mo- "dicidad en los emolumentos seria una "nota de infamia."

A pesar del atraso en que, segun se ha dicho, quedó la legislacion procesal de los romanos, como habia forzosamente de conexionarse con el *derecho* propiamente dicho, hay que aprovechar en este, puesto que tan adelantado estaba, multitud de elementos aplicables á la

mejora de aquella. De él emana efectivamente, mas ó ménos desarrollada por los glosadores y por la práctica forense, la idea que forma el asunto del presente opúsculo, y que entraña, por lo que respecta al procedimiento civil, una reforma digna de especial estudio.

CAPITULO II.

La supresion de los tribunales es el límite de la perfectibilidad social en punto á administracion de justicia.—Bien que nunca pueda tocárselo, los pueblos van propendiendo á aproximarse á él á medida que avanzan en la via de la civilizacion.—A los tres períodos de infancia, estado adulto y pleno desarrollo de las sociedades, corresponden respectivamente las siguientes fases en la administracion de justicia: los juicios patriarcales, la complicacion forense y la simplificacion del procedimiento.—La bondad de este se halla en razon inversa del esfuerzo que hace el poder público para mantener á los asociados en el goce de los derechos individuales.

En matemáticas se llaman límites ciertos términos de comparacion, á los cuales puede una cantidad acercarse tanto como se quiera, sin llegar nunca á confundirse con ellos. El infinito es

límite de las cantidades que aumentan, cero el de las que decrecen, y de los polígonos inscritos ó circunscritos lo es el círculo. La supresion de los tribunales es el límite de la perfectibilidad social en punto á administracion de justicia. Por mas que la civilizacion avance, nunca llegará al grado de que el respeto á la moral y el de sí mismo basten para contener á cada uno en la órbita de su derecho sin atacar el de los demas, haciendo así innecesaria la accion del poder judicial; pero todo lo que sea irse aproximando á este límite, aunque no se llegue jamas á tocarlo, importa un avance en la vía del progreso.

Las ciencias políticas han demostrado hasta la evidencia los males que á la sociedad resultan del gobierno en demasía y de la monomanía legislativa. El "*Ne pas trop gouverner*" y el "*Corrup-*

"*tissima republicâ plurimæ leges,*" están ya consagrados como axiomas, y tienen que ser por paridad de razon aplicables al ejercicio del poder judicial. El *no enjuiciar demasiado* es una reforma por la cual están clamando todos los pueblos; y para realizarla, hay que idear la manera de hacer ménos frecuentes los litigios, y de simplificar los que sea necesario sustanciar, sin desatender por eso en nada la proteccion que debe la autoridad á los intereses legítimos cuando se los ataca injustamente.

Esta es, mucho tiempo há, la tendencia de los legisladores; pero ¿cómo conciliarla con la incolumidad de los derechos individuales? ¿Cómo pudiera disminuirse el número de los juicios en una sociedad próspera, donde la condensada poblacion y la multiplicidad de los negocios deben producir incesantes colisio-

nes en los intereses privados? ¿Cómo simplificar la tramitacion, proporcionando á la vez al demandante todos los medios de accion, y al reo todos los de defensa?

Ante dificultades tan graves se han estado estrellando los esfuerzos intentados hasta hoy para mejorar la legislacion procesal; y como aun prevalece por desgracia la idea de favorecer al demandado mas allá de lo que la equidad exige, á prètexto de que no puede, como el actor, preparar sus recursos con anterioridad al juicio, de ahí resulta que en la mayor parte de los litigios la sustanciacion no es mas que el abuso que, con la mira de entorpecer la marcha de la justicia, hace el reo de los medios que para su defensa le proporciona la ley.

Al mal éxito en la solucion de este problema ha contribuido mucho un error semejante al de aquellos médicos que

atribuyen exclusivamente el restablecimiento de la salud á la accion de los medicamentos, sin tener en cuenta la de la naturaleza. Se busca el órden público en el ejercicio de la autoridad, sin reflexionar que en los elementos sociales hay una afinidad, una tendencia á la coordinacion, que solo es menester, para que esta se opere, que no la embarace el gobierno con su nimia tendencia á ingerirse en todo.

Una vez arraigada tal preocupacion, nada extraño es que llegue á formarse la falsa creencia de que el enjuiciamiento bajo formas breves y sencillas solo puede existir en los pueblos nacientes, donde la justicia es verdaderamente familiar, ó en los gobiernos despóticos, como en Turquía, donde el capricho y el varapalo resuelven las cuestiones de derecho. Se cree, de consiguiente, que á me-

dida que la cultura avanza, que la poblacion se acumula, que se multiplican y diversifican indefinidamente los contratos, deben en proporcion complicarse inevitablemente las leyes y las actuaciones, aumentando con el número de los litigantes el de los jueces.

De esta manera planteado, seria insoluble el problema de expeditar los litigios, ó entrañaria la solucion el absurdo de que miéntras mas progresara la cultura, ménos adelantaria la administracion de justicia.

Cierto es que á las sociedades primitivas les basta el llano procedimiento de la justicia patriarcal, así como basta una aya para el cuidado de un niño: que durante el período en que va desarrollándose la vitalidad social, tiene que ser mas complexa y asidua la accion de los tribunales, ora por el incremento de la ri-

queza y de la poblacion, ora porque la autoridad, con razon ó sin ella, cree necesario ingerirse mas y mas en los asuntos particulares, para suplir en la direccion de ellos lo que falta de cultura á las masas, así como el padre y el tutor vigilan de continuo y reprimen duramente al adulto por temor de que se pervierta; pero tambien es cierto que, llegándose á cièrto grado de progreso intelectual y moral, el interes individual bien entendido, reemplaza ventajosamente la intervencion continua de la autoridad, y pugna por suprimir esas fórmulas nimiamente tutelares del enjuiciamiento, las cuales llegan á ser, no solo embarazosas, sino perjudiciales, porque de ellos abusa la gente de mala fe para esquivar el cumplimiento de sus obligaciones. Y así como el jóven que se acerca á la edad viril va necesitando ménos

de la guarda del padre ó del tutor, se observa entónces en los pueblos una tendencia constante á sacudir la pesada proteccion del poder público, y á sustraer los negocios del conocimiento de los tribunales. Ya se procura dar á estos la menor ingerencia posible en la marcha de aquellos: ya se busca, ó se establece con anterioridad, la manera de dirimir en lo particular las contenciones presentes ó futuras: ya se prefiere sufrir cualquiera quebranto en los bienes, con tal de no verse en la penosa necesidad de litigar.

El poder público, con la manía de gobernar demasiado y con la extravagante pretension de comprender mejor que los particulares los intereses de estos, se ha empeñado en comprimir esa tendencia, pero teniendo que ceder mas ó ménos á ella, porque así lo exige la ley del progreso; y es de creerse que si la hu-

biera secundado eficazmente, estaria ya muy adelantada la reforma de la sustanciacion civil.

Para confirmacion de lo expuesto, no vendrá fuera de propósito una ojeada histórica sobre las distintas fases que va tomando la administracion de justicia á medida que la cultura avanza.

SOCIEDADES PRIMITIVAS.—JUSTICIA PATRIARCAL.—La aurora de los pueblos viene siempre envuelta en las tinieblas de la barbarie. En los anales de nacion alguna, aunque daten de las mas remotas épocas, se encuentra noticia de la justicia patriarcal propiamente dicha, porque el ejercicio de ella pertenece á las hordas, las cuales no tienen historia. Esta, para conocer y juzgar á las sociedades, necesita que las alumbren los primeros destellos de la civilizacion, en cuyo tiempo comienzan á modificarse las institucio-

nes y costumbres del estado rudimental. Los pueblos de cuya organizacion primitiva se tienen datos ménos inseguros, son tal vez el hebreo y el griego.

En el primero, los ancianos de cada tribu juzgaban en las puertas de la ciudad en número de tres, siete ó veintiuno, segun la importancia del asunto. Si no se consideraban bastante bien informados, debian someter el litigio á otro tribunal de mayor categoría compuesto tambien de ancianos; y si á estos les sucedia lo mismo, fallaban los sacerdotes en último recurso.

Hé aquí cómo describe la Iliada (*) el procedimiento civil de los griegos durante los tiempos heroicos: "El pueblo acu- "dia en tropel al foro, porque se habia "suscitado un litigio entre dos indivi-

(*) Lib. 17, vers. 497 y sig.

"duos con motivo de la indemnizacion de "un homicidio. Afirmaba el uno ante el "pueblo haberla pagado: negaba el otro "haberla recibido; y en tal conflicto de- "mandaban ambos que se terminara la "contienda con audiencia de testigos. "Gritaban los concurrentes en favor del "uno y del otro, y los heraldos apacigua- "ban á la muchedumbre. Los ancianos "estaban sentados en piedras labradas "dentro del récinto sagrado, teniendo en "la mano los cetros de los heraldos, quie- "nes llenaban el aire con su acento. "Aquellos se iban levantando, y uno des- "pues de otro, pronunciaban todos su "sentencia. Veíanse en el centro dos ta- "lentos de oro, para ser regalados al que "mas acertadamente juzgara."

Se ve, pués, que las fórmulas judicia- les de los hebreos y de los griegos abo- rígenas, si no son las de la justicia pa-

triarcal, en la acepcion rigorosa de la palabra, apénas difieren de ella, y pueden considerarse como la primera etapa del enjuiciamiento en la via del progreso.

Por lo que hace á los romanos, no hay que aventurarse en estériles indagaciones, puesto que la crítica moderna considera toda la época de los reyes, como una coleccion de relaciones sacadas de los poemas nacionales que se cantaban en las solemnidades públicas ó familiares, y en los cuales, bajo el emblema de un hombre, se representaba el carácter histórico y el tipo de toda una era. (*)

SOCIEDADES QUE SE DESARROLLAN.—COMPLICACION DEL PROCEDIMIENTO.—Durante la florecencia de Atenas llegó á ser de tal manera intrincada la administracion de justicia, que verdadera-

(*) César Cantú, Hist. Univers., lib. 3º, cap. 21.

mente no han podido los historiadores encontrar la clave de aquel embarazoso enjuiciamiento.

Los jueces eran escogidos en cualquiera de las clases del pueblo, con tal de que tuvieran treinta años, y se encontraran exentos de toda reclamacion por deudas fiscales.

Por cada sesion recibian tres óbolos. El procedimiento consistia principalmente en debates públicos y orales en presencia de los jueces, que ascendian por lo comun á quinientos para cada uno de los tribunales. La multiplicidad de estos era tal, que debia causar incalculable complicacion en la práctica forense.

Hé aquí los que menciona la historia:

I. La asamblea del pueblo que entendia en los crímenes contra el Estado.

II. El consejo.

III. El areópago que juzgaba los ho-

micidios y los negocios concernientes al erario y al culto.

IV. Los heliastos, que eran seis mil, se dividian en dos ó tres secciones, de las cuales la menor se componia de quinientos miembros.

V. El epipaladio para los asesinatos premeditados.

VI. El epidelfinio para los no premeditados.

VII. El enfreatio para los desterrados contra quienes pesaba la acusacion de homicidio.

VIII. El epiprytaneo para los accidentes mortales causados por los animales.

IX. El episaltio para los delitos cometidos en la mar.

X. El tribunal pupilar presidido por el epónimo y un escribano cartulario.

XI. El del rey para las profanaciones.

XII. El del polemarca para los ex-

tranjeros y para los nacionales que no eran ciudadanos.

XIII. Los tesmotetas juzgaban en primera instancia los asuntos mercantiles.

XIV. Formaban una especie de tribunal de policía once jueces que conocian de los robos nocturnos, y de los que, cometidos de dia, ascendian á cincuenta dracmas.

XV. Tomaban asiento en el pireo los nantódicos ante los cuales eran llevadas en primera instancia las querellas entre marinos y mercaderes extranjeros.

Aunque no existieran simultáneamente todos estos tribunales, en la institucion de cualquiera de ellos se advierte un caprichoso desmembramiento de la jurisdiccion, que prueba la tendencia á fraccionarla, multiplicando sin necesidad los resortes del mecanismo judicial.

Nada hay que agregar á lo que ya se ha dicho, y todos los legistas saben, acerca de las dificultades en que se hallaba envuelto el procedimiento entre los romanos en tiempo de su grandeza; si bien allí se reunian á las que dimanaban de la expansion de los elementos sociales, las creadas artificiosamente por el patriciado para conservar su ascendiente sobre las clases inferiores.

El foro español hubo tambien de resentirse, y por mucho tiempo, de esa crísis judicial.

La necesidad de consolidar el poder real obligó á la corona á otorgar fueros especiales á las principales poblaciones, en los cuales se consignaban disposiciones adaptadas á las antiguas prácticas ó á las nuevas tendencias de cada localidad con detrimento de la uniformidad en la administracion de justicia.

Las atribuciones judiciales estaban confundidas con las de gobierno, por encomendarse promiscuamente unas y otras á funcionarios que, como los que componian los ayuntamientos, el Consejo Real y la cámara de Castilla, pertenecian propiamente al órden administrativo.

Aun despues de uniformada la legislacion procesal, continuaba el enjuiciamiento entorpecido con la observancia de inveteradas é inútiles prácticas. Baste recordar, en comprobacion del hecho, las ridículas formalidades de la demanda, la necesidad de acusar por dos veces cada rebeldía, la réplica y dúplica, la mejora de apelacion, la segunda suplicacion y los casos de corte.

SOCIEDADES CULTAS.—TENDENCIA Á LA SIMPLIFICACION.—Esta se inició bien marcadamente en el foro romano en

dos de las épocas para él mas propicias: el reinado de los Antoninos y el de Justiniano. Aquellos expidieron el célebre rescripto por el cual se autorizaba al acreedor hipotecario, mediante pacto expreso, para perseguir extrajudicialmente la hipoteca. (*) Justiniano promulgó la ley última C *de tempor. appellat.*, en cuya parte final se faculta á los litigantes para renunciar la apelacion, reduciéndose en tal caso el juicio por virtud del convenio á una sola instancia. La primera de estas disposiciones tiende visiblemente á minorar el número de los litigios, así como la segunda á disminuir á voluntad de los litigantes la accion de los tribunales, sustituyéndose con provecho en uno y otro evento el interes individual al rigor de las fórmulas.

(*) L. 3 C. *de pignór. et hipotec.*

La edad média presenta el fenómeno de dos estados diferentes de civilizacion concurriendo al mismo fin de simplificar los juicios. Por una parte, el renacimiento de la industria y el comercio en tiempo de los Concejos: por otra, la influencia que las costumbres de los pueblos bárbaros debian ejercer en la legislacion. Como la industria y el comercio viven de la actividad, la raza vencida repugnaba el antiguo y difuso procedimiento de los romanos: lo rechazaba tambien la raza vencedora habituada, como lo habia estado, á los sencillos trámites de la justicia primitiva. La concurrencia de ambas causas daba por resultado formularios tan sencillos como el siguiente:

—"Pedro, Martin te cita, porque po-
"sees indebidamente una tierra situada
"en tal lugar.

—"Esa tierra me pertenece por suce-"sion de mi padre.

—"No debes sucederle, porque te hu-"bo en una de sus criadas, (*aldia*).

—"Sí, pero él le dió la libertad *(wir-"devora)*, como está escrito, y la tomó "por mujer.

—"Prueba que es así, ó pierde tu "causa." (*)

Luego que España logró abatir el poder de los sarracenos, y comenzó á desarrollar los elementos de su futura prosperidad, inició en buena hora la simplificacion del procedimiento con la filosófica idea que contiene la ley 2ª, tít. 16, lib. 11, N. R., dada en las cortes de Alcalá por D. Alonso XI. En ella se dispuso que se omitieran en la sustanciacion los trámites que no fueran de la esencia del juicio, siempre que las par-

(*) Luitprando, lib. 4º

tes no exigieran la práctica de todos ó alguno de ellos.

Por lo que hace á los tiempos modernos, ha sido unánime en ambos continentes la aspiracion de los pueblos cultos á obtener mayor celeridad y soportar menores expensas en el enjuiciamiento civil. En todos los de orígen latino la práctica forense era una inextricable amalgama de legislacion romana, disposiciones canónicas, leyes patrias, opiniones de los tratadistas, usos locales é inveteradas corruptelas. El primer paso en el camino de la reforma se ha dirigido á disipar ese caos por medio de leyes generales de procedimientos; pero como iban calculadas mas bien para uniformarlos, que para establecer un sistema completo de ellos, tenian que ser diminutas, y cada una de las que sucesivamente se expedian llevaba por objeto llenar los

vacíos que las anteriores habian dejado. Quedaban siempre algunos, á pesar de ir ellas en aumento; y como para suplir se ocurria á las antiguas prácticas, los legisladores de la mayor parte de esos pueblos han recurrido al arbitrio de promulgar códigos procesales, con lo cual se halla bastante minorado el mal, aunque no esté, como ya se ha dicho, de todo punto corregido.

Resumiendo lo expuesto, se pueden caracterizar las tres principales fases que el enjuiciamiento presenta durante la marcha de la civilizacion de la manera siguiente:

I. Juicios arbitrarios con fórmulas simples.

II. Juicios razonados con fórmulas complexas.

III. Juicios razonados con fórmulas simplificadas.

A reserva de analizar despues el punto histórico con la prolijidad que demanda, examinando algunas otras leyes así como las prácticas relativas, basten por ahora los ejemplos que preceden, traidos á colacion como los mas prominentes, para establecer una de las bases en que se apoya el pensamiento capital del presente tratado, y es la siguiente:

Partiendo del principio de que la supresion de los tribunales es el límite de la perfectibilidad social, y bien que en toda sociedad convenientemente organizada la fuerza individual haya de ceder el paso al poder colectivo para la tuicion de los intereses particulares, la bondad del régimen judicial será tanto mayor, cuanto menor sea el esfuerzo que dicho poder haga para mantener á cada uno de los asociados en la pacífica posesion de sus derechos.

Asentada esta premisa, hay que tenerla muy presente, para que, combinándola con la que se establecerá en el capítulo próximo, se pueda apreciar la exactitud de las consecuencias que se deducirán en los siguientes.

CAPITULO III

En todo tiempo ha sido reconocida la inviolabilidad de los pactos.—Muchas legislaciones, la romana principalmente, incidieron en el error de dificultarlos con restricciones y fórmulas inútiles.—El movimiento industrial del tiempo de los Concejos conquistó la libertad de pactar.—Esta ha sido reconocida como principio científico, y sancionada en los códigos de los pueblos cultos.

Todas las sociedades han reconocido la necesidad de guardar los pactos; pero no en todas ellas ni en todas épocas se los ha celebrado con iguales formalidades, ni han tenido el mismo desarrollo ni la misma influencia en el de los intereses privados. En esto se advierten notables diferencias provenidas del carácter

nacional, de la forma de gobieno, del estado de civilizacion y del económico.

En los pueblos primitivos los pactos se reducen casi á un solo género que comprende varias especies bajo una misma forma, la cual consiste en determinados símbolos. Apénas se conoce alguna otra convencion que no sea la permuta ó el comodato: la compra-venta requiere la moneda y, de consiguiente, el adelanto necesario para establecer el uso de esta: los seguros, por ejemplo, exigen todavía un grado mas alto de civilizacion. Por lo que hace á los emblemas ó símbolos, así como los romanos adoptaron la *mancipatio*, las tribus de orígen germánico, principalmente los francos, hacian consistir las solemnidades externas en arrojar ó entregar *(jet ou remise)* el que habia de obligarse una paja *(festuca)* ó una rama de árbol á la persona que adqui-

ria la accion. Pero á medida que la cultura adelanta, así como van multiplicándose los contratos y sus especies, van tambien desapareciendo los emblemas.

En las sociedades nacientes la pena impuesta al que no cumple lo pactado, suele ser desproporcionada por exceso ó por defecto, lo que da por resultado que los asociados se retraigan de las transacciones con perjuicio de la riqueza pública.

En el antiguo Egipto, por el mutuario que por razon de pobreza no podia pagar, era reducido á prision. Asychis dió al acreedor derecho para apoderarse del sepulcro perteneciente al deudor, é impedir, miéntras no estuviese completamente efectuada la solucion, que este sepultara allí á sus deudos, ó que fuera él mismo sepultado. Hé aquí una pena desmesurada. Por el contra-

rio, Estrabon refiere bajo la fe de Onisicrito, que hubo en el Indostan un pueblo donde solo se concedia la accion de homicidio y la de injurias. A todas las demás se negaba el apoyo de la autoridad por dos motivos: el primero, porque no se multiplicaran los litigios: el segundo, porque cada cual debia tomar sus precauciones para asegurarse del cumplimiento de lo que estipulaba. Así era que si álguien rehusaba el pago de un préstamo ó la devolucion de un depósito, el mutuante ó el deponente no tenian mas recurso que el de quejarse á sí mismos de haber confiado imprudentemente sus bienes á persona indigna. He aquí la impunidad para el violador de la fe pactada.

No está bastante bien averiguado hasta dónde llegó á avanzar la legislacion griega en punto á facilidad y obser-

vancia de los contratos. Algunas veces se los hacia constar por escrito, y ese instrumento era entregado á alguna de las partes ó inscrito en los registros de los templos. Iba ordinariamente autorizado con los sellos de los contrayentes y de los testigos, y en defecto de estos se recurria por via de prueba al juramento. La falta de pago podia costar al deudor la pérdida de la libertad.

En Roma la legislacion paccional adoleció de todos los vicios que pueden afectarla: allí las restricciones á la libertad de pactar, allí las solemnidades inútiles, allí la pena excesiva para el contrayente que no cumplia. Entre tales errores jurídicos descuella, por la paralizacion que debia causar en los negocios, la division de los pactos en *desnudos* y *vestidos*. Los primeros se distinguian de los segundos: 1º en que á pesar de pertene-

cer á la categoría general de las convenciones, no tenian un nombre especial como la compra-venta y los demás contratos nominados: 2º en que no intervenia mas *causa* que el convenio, lo que equivale á decir que no estaban confirmados por la tradicion ó por algun otro hecho de los pactantes capaz de producir accion, como los contratos innominados la producian por la circunstancia de ser llevados á efecto.

Los tratadistas se han esforzado vanamente en hallar el fundamento de tan antifilosófica disposicion. Unos sostienen, fundándose en la ley 19, § 3, D. *de ædilic. ediet.*, que debe creerse, de quien hace un pacto desnudo, que no obra con ánimo deliberado, sino mas bien por jactancia y sin intencion de obligarse. Segun otros, los legisladores no quisieron que hubiera muchas maneras de contra-

tar, tanto para poner coto á los convenios temerarios, como al aumento indefinido que sobrevendria en el número de los litigios, en caso de tener fuèrza obligatoria, todas las convenciones por la incalculable variedad de las que pueden hacerse. "Noluerunt legislatores ut tot "essent causæ obligandi, ne alias nimia "facilitate homines temerè obligarentur, "atque dum effusso sermone se jactant, "in sui promptum periculum inciderent, "si enim ex omnibus conventionibus ju- "re et judiciis agere liceret, nullus erit "finis aut modum controversiarum et li- "tium, cum infinitæ sint pactiones et pro- "missiones quæ inter homines fiunt; in- "comodum enim et grave nimis existi- "marunt Reipublicæ futurum, si patri- "monia romanorum quibus in bello et in "pace Respublica sustentabatur, passim "sine causa pactionibus minuerentur, at-

"que omnes cives facilè litibus implica-"rentur, nihil enim perniciotius Reipu-"blicæ quam copiosa litium seges." (*)

A ser exacto este peregrino razonamiento, podia la teoría avanzarse hasta el punto de prohijar en materia de obligaciones la ley establecida en el pueblo indostánico de que se ha hecho poco ántes mencion.

Ademas de los pactos *desnudos*, que no tenian el apoyo de la ley romana, habia muchos terminantemente prohibidos por ella.

Ya se ha dicho que los romanos dejaron desde el tiempo de Tiberio de ser comerciantes, y por eso los legistas que florecieron bajo el Imperio no podian conocer hasta qué punto es importante para el progreso de un país el dar soltura y

(*) Gonzal., *in Decretal.*, lib. 1º, tít. 35, nº 11.

vuelo á las transacciones. A esto se agrega que el patriciado introdujo en los contratos, lo mismo que en los juicios, su emblemático formulario, que por tanto tiempo prevaleció como requisito esencial para la validez de unos y otros. Los Comunes ó Concejos de la edad média, por el contrario, debiendo su formacion y adelantos al comercio, se esforzaban, cuanto podian, por fomentarlo; y cuando aumentó su prosperidad por el desarrollo que dieron á la industria con proporcionar asilo á todos los trabajadores que no encontraban seguridad en otras partes, empezaron á hacer oir sus justas quejas contra las disposiciones que ponian trabas al libre tráfico. A tal grado llegó su celo, que las quejas se tornaron alguna vez en amenazas, y estas en abierta rebelion contra los señores feudales.

Los reyes, para destruir el feudalismo, secundaban las tendencias de los Concejos, y dictaban ordenanzas municipales (*fueros ó costumbres*) en consonancia con los intereses peculiares de cada pueblo y con el espíritu de la época. En ellas procuraban siempre los concesionarios obtener providencias ó confirmar costumbres dirigidas á la multiplicacion y facilidad de los cambios, quitando restricciones á la libertad de pactar.

Tal ha sido el orígen de la famosa ley única, tít. 16 del Ordenamiento de Alcalá, por la cual se previno que apareciendo de cualquier modo que un hombre habia querido obligarse á otro, subsistiese y fuera exigible la obligacion. Aunque esa compilacion no era en realidad un fuero, y ántes bien iba dirigida á suprimir los que entónces regian, para uniformar la legislacion, de ellos fué to-

mada la ley de que se trata; y esta es una de las razones porque se dió mejor acogida al Ordenamiento que á las Partidas, pues los pueblos repugnaban las trabas y las inútiles fórmulas establecidas por los romanos para la validez de las convenciones.

La misma disposicion contenian los *fueros y costumbres* de Francia. Loysel los resume en estos términos: "Se liga á los bueyes por los cuernos, y á los hombres por la palabra; y tanto vale una simple promesa ó convenio como las estipulaciones de los romanos."

Téngase, pués, presente que cuando los pueblos que ántes componian el Imperio romano comenzaron á adquirir vida propia en la edad média, sintieron por instinto la necesidad de facilitar los convenios para engrandecerse por medio del trabajo, aunque no la conociesen teó-

ricamente, por no tener para ello la suficiente cultura.

Merece mencionarse aquí un estatuto Ripuario en extremo curioso, así por su contenido, como porque marca la época de transicion entre la de los símbolos inútiles y la de las formalidades indispensables para constancia de lo pactado. Por él se establecia una manera singular de prueba á falta de escritura del acto solemne, que debia ser celebrado ante la asamblea del pueblo. Habia de reunirse cierto número de testigos, tres, seis ó doce, segun la importancia del negocio, y otros tantos niños: en presencia de unos y otros el comprador entregaba el precio al vendedor, y era puesto en posesion de la cosa vendida; y luego se aplicaban algunos manazos á los niños, y se los tiraba de las orejas, para que conservaran la memoria del hecho.

Apesar de las vicisitudes que la facultad de contratar ha tenido segun el estado de cultura, el carácter y la forma de gobierno de los pueblos, la historia descubre en ellos un sentimiento unánime de respeto hácia la fe pactada, el cual expresan, por lo general, dando á los pactos la importancia de leyes.

Isócrates, el orador y filósofo griego, vivió cerca de cuatrocientos años ántes de Jesucristo, tiempo en que no podian haberse hecho trascendentales estudios sobre la legislacion paccional; y sin embargo, vierte en una de sus oraciones los elevados conceptos siguientes: "Los " pactos tienen una virtud tan grande, " que los griegos y los bárbaros los ha- " cen intervenir igualmente en todos los " negocios de la vida. Bajo la fe de los " pactos mantenemos el comercio, y ne- " gociamos unos con otros para propor-

"cionarnos recíprocamente las cosas que
"cada cual necesita. Por virtud de ellos
"celebramos los contratos, y terminamos
NO SOLO LAS QUERELLAS PARTICULARES sino las guerras públicas.
"En una palabra, ellos constituyen la
"única LEY cuyo uso sea general y perpetuo entre los hombres."

REM UTI PACUNTO RATÒ PACUNTO. Tal era el precepto de las Doce Tablas. Es, sin embargo, de creerse que no llegó á tener cumplida observancia, y que mas bien debió estar constantemente sacrificado á las fórmulas y á las sutilezas introducidas por los patricios; pero parece indicar que en la Grecia, de donde seguramente fué importado, estaba sancionada la libertad de las convenciones. La jurisprudencia romana les reconocia, no obstante, el rango de leyes, como es de verse en las siguientes: tercera C. *de pig-*

nor et hipotec, décima C. *de pactis*, quincuagésima segunda D. *de verb. obligat.* y vigésima tercera D. *de reg. jur.*

Los Assises, refiriéndose á los *fueros ó costumbres* de los Concejos, decian: "*Toutes convenences sont à tenir, et por* "*ce, dit-on, convenence loi vaint.*"

Se ve por lo expuesto que desde los tiempos mas remotos se ha reconocido, apoyándola el poder público, la inviolabilidad de la fe pactada. Porqué, pués, se lo ve empeñado en poner restricciones al derecho de contratar, cuando no se usa de este en perjuicio de tercero ni de la sociedad?

Prescindiendo de la falta de cultura y del influjo de añejas y anómalas prácticas, una de las causas que mas han contribuido al mantenimiento de ese error económico-jurídico ha sido la manía de gobernar demasiado. Esa tutela omino-

sa que la autoridad pretende ejercer sobre los pueblos, haciéndola extensiva á los negocios particulares, entorpece la actividad individual con restricciones y requisitos inútiles; siendo así que en un gobierno ilustrado, que no quiere pesar sobre los gobernados, la facultad de contratar no debe tener mas límites que el respeto debido á la moral ó al derecho ajeno, ni mas solemnidades que las necesarias para hacer constar la voluntad de los contrayentes.

El bienestar social consiste en que cada uno de los asociados pueda proporcionarse lo que ha menester para la satisfaccion de sus necesidades y aun de sus placeres. Una persona no puede producir todo lo que necesita, y es raro que por sí sola forme un producto completo; pero aunque pudiera formarlo, como sus necesidades no se restringen á la pose-

sion de cosa determinada, sino que son mas ó ménos variadas, se encuentra en la precision de cambiar la mayor parte de los objetos que produce por aquellos que, no sabiéndolos producir, tiene que procurarse para conservar y hacerse agradable la existencia.

A esto se agrega que la actividad en los cambios crece en razon de la cultura social: 1º porque aumenta el número de los asociados: 2º porque la subdivision del trabajo va dando por resultado que el productor no sepa formar mas que una parte cada vez menor del objeto producido: 3º porque con la civilizacion van multiplicándose las necesidades individuales. (*)

Mucho, por lo mismo, importa al bien-

* Verdad es que la mediacion del dinero facilita grandemente las operaciones; pero no por eso es ménos cierta en el fondo la teoría.

estar social el procurar á los cambios todo género de facilidades. El cambio puede considerarse como el elemento constitutivo de casi todos los contratos. Pocos hay, en efecto, que no se reduzcan á cambio de productos por productos, de estos por servicios, ó de servicios por servicios. *Do ut des, do ut facias, facio ut facias*, son las fórmulas comprensivas de la totalidad de las convenciones, ó cuando ménos de cuantas contribuyen directamente al desarrollo del comercio y de la industria, y por lo mismo á la prosperidad de las naciones.

En los códigos modernos está reconocida, en principio cuando ménos, la libertad de las convenciones, aunque todavía se adviertan en ellos ciertos resabios que han dejado el derecho romano y el canónico, y que habrán de desaparecer ántes de mucho. El código frances,

verbi gracia, se resiente de antifilosóficas prohibiciones; y todavía mas el de Babiera, que incurre en el deplorable error de rechazar todo pacto entre cliente y abogado, entre médico y enfermo, y de reputar nulos cualesquiera contratos entre cristianos y judíos, á no haber estos obtenido cartas de tolerancia. (*)

De todas maneras, el respeto que tributa el poder público á la fe pactada, procede sin duda de un sentimiento innato en el corazon humano, puesto que ha sido de todos los tiempos y de todas las sociedades, segun es de verse por los datos históricos traidos á colacion. La excepcion referida por Onisicrito ni es un hecho bien averiguado, ni aun cuando lo estuviera, deberia, por ser el único, ameritarse como una prueba en contra-

(*) Arts. 12 y 14, lib. 1º, tít. 4º

rio. Ahora bien: si se combinan esos datos históricos con los científicos, pueden caracterizarse los pactos en las tres principales épocas de la vida de los pueblos de la manera siguiente:

I. Sociedades primitivas.—Contratos escasos reducidos á unas cuantas especies, de las cuales la permuta y el comodato son las mas frecuentes. La autoridad no interviene en el acto, sino para darle respetabilidad con la práctica de ciertos símbolos, ya que á las masas rudas se inculca con mejor éxito el sentimiento del deber hablando mas bien á los sentidos que á la razon.

II. Sociedades en via de progreso.—Los contratos van continuamente aumentando en número y en especie. La autoridad, ora por su propension á ensancharse, ora so pretexto de suplir con su ingerencia lo que al pueblo falta de

cultura, se esfuerza por reglamentarlos minuciosamente. Como á medida que aumentan y se diversifican ellos, se acumulan y complican las disposiciones reglamentarias, la opinion se pronuncia en contra de estas.

III. Sociedades cultas.—La actividad individual adquiere todo su desarrollo. La intervencion del poder, que no puede abarcarlo todo, llega á ser impracticable, y queda ventajosamente sustituida por el interes de los contrayentes. Se suprimen los símbolos, y solo se conservan las formalidades necesarias para la constancia del acto. La voluntad de las partes es la ley de las convenciones.

Hé aquí la marcha que tiene de seguir el sistema paccional paralelamente con la de la civilizacion, siempre que no vengan á perturbarla influencias extrañas, tales como los vicios de organiza-

cion social, la índole del gobierno ó las irregularidades del estado económico, segun se ha indicado poco ántes.

Así se explica cómo habiendo alcanzado Roma un estado de cultura tan próspero, cuando ménos, como el de Grecia, no llegó á tener cumplimiento el precepto de las Doce Tablas. La institucion del patriciado era un mal orgánico que refluia sobre los juicios y los contratos. Grecia, por otra parte, era un país comercial, y Roma dejó de serlo cuando contaba con mayores elementos de prosperidad.

Si parece á primera vista incomprensible que en tiempo de los Concejos, cuando comenzaba á renacer la civilizacion, se diera un paso tan avanzado como el de sancionar la libertad absoluta de los pactos, basta, para darse cuenta del fenómeno, considerar que fué el re-

sultado de la reaccion que las masas oprimidas y apoyadas por la política de los reyes efectuaron contra el poder feudal. Pero esa *absoluta* libertad no llegó á ser una verdad práctica. Prueba de ello es, que la disposicion del Ordenamiento de Alcalá estuvo por mucho tiempo relegada al olvido, y no volvió á tener boga hasta que reapareció en la Nueva Recopilacion.

En realidad, el derecho de contratar libremente no ha llegado á asegurarse un triunfo casi completo sino en la codificacion moderna. Y si todavía quedan en ella vestigios de las antiguas trabas, como los que se han hecho notar en el código de Francia y en el de Babiera, deben atribuirse en el primero al espíritu reglamentario, que ha sido el defecto constante de los gobiernos franceses, y en el segundo á la odiosidad tradicional

que, no solo por efecto de intolerancia religiosa, reporta la raza judaica, sino tambien por la preponderancia que ejerció durante mucho tiempo en el comercio.

Expuestas estas consideraciones, queda en ellas firmemente asentada la segunda premisa del razonamiento que se trata de desenvolver, y es la siguiente:

Los pactos, á la vez que son leyes para quienes los ajustan, no deben tener mas restriccion que el respeto debido á la moral y al derecho de tercero, ni mas solemnidades que las necesarias para hacer constar la voluntad de los contrayentes.

CAPITULO IV.

De las demostraciones anteriores se deduce la conveniencia de conceder á los contratantes la libertad de acordar el procedimiento que ha de seguirse para la ejecucion del contrato.—Definicion del enjuiciamiento convencional.—Sus ventajas en abstracto.—Este sistema no es enteramente nuevo.

Ocioso parecerá tal vez, que se haya mostrado en los dos capítulos anteriores tanta insistencia para fundar doctrinas que debieran estar ya elevadas al rango de principios. Pero por desgracia no se hallan todavía tan universalmente reconocidas, que baste su simple enunciacion para que se las acepte sin réplica; y puesto que se las ha tomado como fundamen-

to de una importante reforma en la legislacion procesal, era preciso presentarlas con todos los caracteres de la verdad científica.

Conforme á las reglas del derecho universal, los tribunales no pueden proceder en asuntos puramente civiles sino á peticion de parte; porque, como dice Gregorio Lopez, (*) *est regulare ut ad utilitatem privatam judex non interponat officium suum nisi petitum.* De esto se infiere que *la utilidad privada es la que ha de apreciar la conveniencia de que intervenga ó nó el oficio judicial en este género de asuntos.* En otros términos: *El ejercicio de la autoridad judicial en materia civil debe limitarse á la esfera que le demarque la utilidad privada.*

Combinando este corolario con las doc-

(*) Glos. á la ley 26, tít. 4º, Part. 3ª

trinas expendidas anteriormente, resulta que, si al hacer un contrato, ó despues, pactan las partes que las dificultades que sobre ejecucion de él se susciten, hayan de allanarse de tal ó cual manera, sin tener la autoridad judicial mas intervencion que la que el pacto le dé, no se las puede privar de esta facultad, sino que ántes bien se la debe consignar en la legislacion como uno de los derechos individuales mas importantes; puesto que, sobre estar en perfecta consonancia con los principios científicos y con la ley del progreso, se dirige á simplificar la administracion de justicia, y á proteger con ménos gastos y trámites los intereses privados.

Supóngase que en un contrato de imposicion de dinero á censo consignativo pactan los contrayentes que, en caso de no pagarse los réditos correspondientes

á tres períodos consecutivos, se dé por cumplido el plazo, procediéndose por la via de apremio hasta que la solucion total se efectúe, si no es que en el curso del procedimiento pruebe el censatario que ha cumplido.

Se dirá que la convencion no está en consonancia con las reglas generales del enjuiciamiento, segun las cuales debiera procederse en la via ejecutiva y no en la de apremio, ó bien que pugna con las leyes, si las de que se trate establecen distinta tramitacion. Pero ¿qué inconveniente hay en que el pacto se observe? Si el censatario no tiene las pruebas del pagó de los réditos, lo mismo ha de ser condenado en una que en otra via, con la diferencia de que, llevándose á efecto lo convenido, el censualista carece por ménos tiempo de sus fondos, el censatario sufre menor quebranto en los suyos

por costas, y los tribunales economizan tiempo y trabajo.

Otro ejemplo: en un contrato cualquiera pactan las partes que en caso de suscitarse cuestion respecto del cumplimiento, la dirima sin ulterior recurso determinado juez que no sea el competente. Con la sola noticia de tales convenios pondria el rabulismo el grito en el cielo, clamando contra la nulidad de ellos, contra el desquiciamiento del órden procesal, contra la violacion del derecho público; y sin embargo, han tenido la aprobacion de dos muy célebres y autorizados códigos! (*)

A primera vista parece anómalo, en efecto, que puedan infringirse al arbitrio de los particulares las reglas del fuero competente, y que por la decision de so-

(*) *Leyes ult. C.,* § 6, *de tempor. apellat.;* 1ª *de jurisdict.;* 29 *de pact., y* 13, *tít.* 23, *Part.* 3ª

lo un hombre quede irremisiblemente fallado cualquiera juicio, aunque en él se versen cuantiosos intereses ó delicadas cuestiones de derecho. Pero la anomalía desaparece, reflexionando que el procedimiento se apoyaria en la voluntad de las partes, la cual se determina casi siempre por la utilidad privada, y que *esta demarca en los asuntos civiles la esfera á que debe limitarse el ejercicio de la autoridad judicial.*

Teniendo las partes contratantes facultad para someter sus futuras disidencias á la decision de un árbitro, que puede tal vez ser un hombre de todo punto extraño á las prácticas judiciales, seria absurdo negarles igual derecho, solo por que lo ejercian eligiendo á una persona cuya profesion les prometiese mayores garantías de pericia y probidad. Siendo el litigante libre para conformarse con la

sentencia condenatoria de primera instancia, hágalo expresa ó tácitamente, debe con mayor fundamento considerársele expedito para renunciar anticipadamente la apelacion, cuando así convenga á sus intereses.

Si puede cualquier individuo prescindir de los derechos que tenga contra otro, por claros é importantes que sean, resolviéndose á no deducirlos en juicio ni fuera de él, lo que importa una renuncia total; es incuestionable que si no mas en parte la formaliza, obra de acuerdo con el principio que dice: *á quien se conceda lo mas no puede negarse lo ménos.*

Esto es lo que se llama en el presente opúsculo ENJUICIAMIENTO CONVENCIONAL, cuyas ventajas, segun se ha indicado poco há, consisten, resumiéndolas, en *simplificar la administracion de justicia, sin descuidar los intereses privados, sino*

ántes bien secundándolos mas eficazmente, y procediendo en consonancia con los principios científicos y con la ley del progreso.

SE MEJORA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, porque al pactar los contratantes un procedimiento especial, lo harán casi siempre con la mira de evitarse los trámites, dilaciones y gastos del ordinario; y segun la premisa asentada en el capítulo segundo, *la bondad del régimen judicial es tanto mayor, cuanto menor sea el esfuerzo que haga el poder público para mantener á cada uno de los asociados en la pacífica posesion de sus derechos.*

NO SE DESCUIDAN LOS INTERESES PRIVADOS, porque los litigantes solamente dejan de emplear aquellos medios de accion y defensa de que voluntariamente prescinden por conveniencia mutua, *que es la que debe marcar el límite del ofi-*

cio judicial en los negocios civiles; y ANTES BIEN SE PROTEGEN MAS EFICAZMENTE DICHOS INTERESES, supuesto que la autoridad no hace mas que secundar la direccion que se propone darles la actividad individual.

SE PROCEDE EN CONSONANCIA CON LOS PRINCIPIOS CIENTÍFICOS Y CON LA LEY DEL PROGRESO, porque una y otros exigen, tanto la simplificacion del sistema procesal, como la menor ingerencia de la autoridad en los asuntos particulares; y porque, segun la premisa establecida en el capítulo tercero, *los pactos á la vez que son leyes para quienes los ajustan, no deben tener mas restriccion que el respeto debido á la moral y al derecho de tercero, ni mas solemnidades que las necesarias para hacer constar la voluntad de los contrayentes.*

Todo esto es por sí tan claro, que ca-

si no ha menester la luz de la discusion; pero está imbuida tan hondamente en los ánimos la idea de la tutela del poder que se la considera en cierto modo como una segunda Providencia ocupada, por lo que á los contratos respecta, en velar por que no se engañe ó perjudique á alguna de las partes, cuando por lo comun no viene á ser en el ajuste mas que una ciega mediadora, incapaz de aprovechar ó impedir por medio de restricciones generales las ventajas ó desventajas que solo pueden apreciarse en cada caso por consideraciones meramente circunstanciales.

Pero aun suponiendo que esa mentida vigilancia fuera eficaz en la celebracion de los contratos, viene á inutilizarse cuando, llegada la emergencia de un litigio, entran las partes en nuevos convenios para prevenirlo ó cortarlo. Entónces se

recurre á la conciliacion, ó se busca en la transaccion el medio de apaciguar á los litigantes; y con tal de que este resultado se consiga, no se repara en el perjuicio que cualquiera de ellos pueda sufrir: el caso es que se evite el pleito, aunque visiblemente quede sacrificado el buen derecho.

De suerte que entónces la ley no se cuida de que se haga un pacto ruinoso: lo que importa es que se haga á todo trance. Pero lo peor de todo es que, cuando á tal extremidad se llega, rara vez suele atajarse el mal en su principio. La experiencia demuestra que la conciliacion escasea mas que la transaccion; y esto comunmente por culpa del reo, que renuncia el beneficio con la mira de abusar de los medios de defensa embrollando el litigio, ó agrediendo y fatigando á su contrario, para arrancarle con-

cesiones exageradas. Si, pués, cuando amenaza ó está siguiéndose un pleito, la ley no encuentra, para impedirlo, mejor arbitrio que recurrir á la libertad de pactar, ¿por qué no reconocerla, cuando se trata de prevenir ó atenuar anticipadamente el mal? Tanto más, cuanto que las concesiones que se hagan por empeño en celebrar un contrato, deben, generalmente hablando, ser ménos onerosas que las que se acuerden por evitar un litigio; puesto que se contrata por conveniencia y se litiga por necesidad.

Considérese el punto bajo el aspecto que se quiera, y siempre se acabará por convenir en que, si las partes creen que la intervencion excesiva de la autoridad las perjudica al ejecutarse el contrato, y que con ménos fórmulas y ménos *justicia* están garantidos sus derechos, de acceder á su pretension resulta la venta-

ja de abreviar el procedimiento, sin quitarles ninguno de los medios de accion ó de defensa que puedan necesitar. Prescinden ellas de los que juzgan inútiles ó perjudiciales; y como establecidos en su favor, tienen la facultad de renunciarlos.

Segun lo expuesto, el enjuiciamiento convencional puede definirse: *La forma que para la sustanciacion civil observan los tribunales por convenio de las partes.*

Para el caso lo mismo es que el pacto se ajuste al tiempo ó despues de celebrarse el contrato. Hay, sí, que advertir: 1º Que las convenciones de esta especie solo deben observarse en los juicios universales en cuanto no pugnen con la marcha general y el objeto del procedimiento: 2º Que para la validez de las que en cualquiera sentido se acuerden, es preciso hacerlas constar en es

critura pública, en atencion á la delicadeza de las renuncias que entrañan.

Se dirá que puede pactarse un procedimiento absurdo, y que esto, sobre perjudicar á las partes, pondria en ridículo á la autoridad que hubiera de conocer en el asunto. El caso es de todo punto excepcional, y no debe, por lo mismo, tomarse en formal consideracion. El interes privado es perpetuo garante de que se procederá en los contratos con circunspeccion y cuidado; y si por una rarísima casualidad se los hiciere versar sobre obligaciones ó derechos irrisorios, la ley presume que los contrayentes han obrado sin ánimo de obligarse á lo serio, de donde resulta la nulidad del contrato por falta de consentimiento. A esto se agrega que es una facultad inalienable del poder el desechar las peticiones contrarias á su decoro.

Reflexionando concienzudamente sobre la materia, parece que no hay objecion trascendental que hacer al sistema de que se trata; pero si algunas pueden surgir, de seguro empequeñecen ante las consideraciones siguientes.

Por todas partes claman los pueblos contra el órden procesal establecido para los asuntos civiles, pidiendo que se lo reduzca á mas sencillas formas.

Los legisladores, á la vez que conocen la necesidad y la urgencia de la reforma, se encuentran impotentes para llevarla á efecto; porque, al simplificar, privan á los litigantes de los recursos que la práctica y la ciencia recomiendan como útiles para la dilucidacion de los derechos controvertidos.

¿Qué hace en este conflicto la autoridad judicial?

Se le presenta un litigio, y al sustan-

ciarlo procede segun el complicado sistema que hasta hoy prevalece.

Las partes, que resienten los vicios de este, se violentan contra la administracion de justicia.

Ahora bien: si en tal situacion se imagina una controversia entre ellas y el tribunal sobre la conveniencia del procedimiento, parece que deberia entablarse en estos ó semejantes términos:

—El enjuiciamiento, léjos de proteger nuestros derechos, los está perjudicando con inútiles trámites y dilaciones.

—El tribunal se arregla al sistema establecido por la ley, y la ley no puede suprimir nada en lo que llamais inútiles trámites y dilaciones, sin quitaros alguno de los arbitrios que podeis emplear con buen éxito para demandar ó defenderos.

—Esos arbitrios que la moralidad no

siempre necesita, y que la malicia convierte en armas de mala ley, no están haciendo ahora mas que retardar una resolucion obvia.

—No es posible establecer un sistema de procedimientos para cada caso!

—No es posible adecuar una sola forma de sustanciacion á todos los casos!

—Cómo quereis entónces que os juzgue?

. . . .

Si al llegar la discusion á este punto, los litigantes se pusieran de acuerdo en cuanto á la forma de la sustanciacion, y manifestándola al tribunal, se arreglara este al convenio, ¿podrian ellos hacer reclamo alguno fundado contra el ejercicio de la autoridad judicial? Claro es que nó, puesto que se los enjuiciaba á su gusto.

El tribunal podria entónces decirles:

☞ La ciencia no ha conseguido toda-

vía elevar el procedimiento al grado de perfeccion en que se encuentra el derecho propiamente dicho.

Los trabajos que, siguiendo la marcha de las investigaciones científicas, se han impendido para lograr ese objeto, están consignados en la ley á que actualmente se arreglan las prácticas judiciales.

Conozco que la obra dista mucho de la perfeccion, pero no se trata de imponerla como precepto. Si rehusan los litigantes someterse al órden procesal por ella establecido, el legislador los deja en libertad de acordar el que mejor cuadre á sus intereses, para en caso de queja contra la administracion de justicia poder decirles, no "*ex ore tuo te judico*", sino *ex nutu vestro judico.* ☞

Por lo expuesto se ve que el enjuiciamiento convencional, ademas de las ventajas antes demostradas, tiene la de pre-

venir todo reclamo contra la ley de procedimientos civiles, supuesto que del arbitrio de las partes depende el someterse á ella, ó el pactar los que mas adecuados juzguen á cada uno de los casos ocurrentes. La excelencia de la administracion pública consiste en desempeñarla á gusto del pueblo.

La idea que se está dilucidando no es nueva; pero hasta ahora no habia sido mas que vaga é incidentalmente enunciada, sin entrar en la apreciacion concienzuda de sus resultados, y sin darle toda la generalidad de que es susceptible. De suerte que, aun cuando el estudio presente no pueda atribuirse el mérito de la invencion, es de esperarse que se le conceda el de haber sido el primero en tratar monográficamente un punto científico que merece fijar la atencion de los jurisconsultos.

Se ha dicho que la idea no es nueva, porque, como lo demostrarán los siguientes capítulos, se encuentran los rudimentos de ella en el derecho romano: los tratadistas y la práctica forense le dieron cierto grado de desarrollo; y los pueblos han tendido constantemente á realizarla, no obstante la resistencia opuesta por la monomanía tutelar del poder público.

CAPITULO V.

En la jurisprudencia romana se encuentra en embrion la idea del enjuiciamiento convencional.—Exposicion de varias leyes.—Cada una de ellas fué expedida en alguna de las épocas mas bonancibles para la ciencia.

La ley séptima, título décimocuarto, libro segundo del Digesto, se expresa de la manera siguiente en el párrafo catorce: "Cuando se pacta que no se intentará la denuncia de obra nueva, opinan "algunos que el pacto no vale, porque debe intervenir en el asunto la *autoridad* "del Pretor; Labeon, sin embargo, distingue si la denuncia de la nueva obra "se refiere á cosa privada ó á cosa pública: en el primer caso, tiene por váli-

"do el pacto, y no en el segundo. Esta "distincion es exacta. Y por lo general "es lícito pactar acerca de todo lo que se "refiere al edicto del Pretor, con tal de "que se trate de cosa privada, y no ha-"ya perjuicio para el público."

La razon que habia, ántes de la respuesta de Labeon, para dudar sobre la validez del convenio, se desprende naturalmente de las siguientes consideraciones. La denuncia se hacia sin ingerencia del Pretor por el quejoso al dueño de la obra, á quien desde ese momento quedaba prohibido por el edicto continuarla sin permiso del denunciante, á no ser dando fianza de indemnizacion. A esta prohibicion se refiere la ley, al hablar de la *autoridad (imperium)* de dicho magistrado (*); y como segun las reglas del

(*) Cujac., tom. 1º, pág. 929, letra E.

derecho romano, ni el solemne ni el pretorio podian ser alterados por los pactos de los particulares (*), de ahí provino que algunos jurisconsultos fuesen de sentir que la renuncia del interdicto importaba una infraccion de ellas.

Labeon, no obstante eso, debia tener muy presente el principio de derecho universal, segun el cual puede cualquiera renunciar lo que está establecido para su beneficio: principio invocado poco tiempo ántes por Ciceron, cuando decia: *Quod mihi lex mea causâ det, eo mihi non uti non licebit?*: (§) principio, en fin, de que hizo recta aplicacion, como lo reconoce la ley, el primero de los dos famosos jurisconsultos, al distinguir entre las cosas públicas y las privadas, para resol-

(*) Ley 27, D. *de reg. jur.*
(§) Tercera verrina.

ver si es válido el pacto de no formalizar la denuncia de obra nueva.

La misma disposicion, y por igual motivo, adoptaron respecto de los interdictos *quod vi aut clam y unde vi* las leyes tercera, párrafo segundo, título veinticuatro, libro cuarenta, y vigésima séptima, párrafo cuarto, título catorce, libro segundo del Digesto.

Al tocar este punto, se hace preciso notar que se expresó con ligereza Gothofredo cuando, al comentar la ley veintinueve C. *de pactis*, que se apoya en el principio referido, lo califica de *fundamento débil en demasía*, y esto porque no era lícito, conforme á la jurisprudencia romana, renunciar el derecho propio en algunos casos, como sucedia respecto de los alimentos, del privilegio de la dote y de la caucion del usufructo; pero estas excepciones en nada afectan la con-

sistencia del apotegma, porque, aparte de ser rarísimas, no están en perfecta consonancia con la filosofía del derecho.

Se ve, pués, que las leyes traidas á colacion atendieron solamente á la incolumidad del principio, á la vez que protegian la libertad de pactar, sin preocuparse con los perjuicios que en lo particular pudieran resultar de la renuncia; porque el interes individual sabrá en cada caso compensarlos con tales ó cuales ventajas ó conveniencias que seria imposible apreciar por medio de providencias generales.

Véase ahora el texto de la ley primera C. *de jurisdictione:* "No fué competen-
" te nuestro Procurador (*) en un litigio
" puramente privado; pero como ambos
" adversarios lo elegisteis, y con vues-

* Solo juzgaba los pleitos entre el fisco y los particulares.

"tro consentimiento ha sentenciado, "habreis de acatar el fallo, puesto que "el procurador tiene facultad de juzgar "en determinados casos, y ya que sa- "biendo vosotros que era incompetente, "os habeis de grado sometido á su ju- "risdiccion. Lo mismo se observará pa- "ra otros juicios semejantes, tanto res- "pecto del que deduce la accion, como "del que opone la excepcion."

Así era que por convenio de las partes podia alterarse el órden judicial en cuanto al fuero competente, dándose al juez autoridad en asuntos en que por ley no la tenia. Esta concesion en favor de la libertad de pactar es tanto mas sorprendente, cuanto que va de por medio la jurisdiccion que, segun enseñan los tratadistas, es materia del derecho público, y fundan su doctrina en dos principales consideraciones:

1ª La jurisdiccion emana de la soberanía, y las prerogativas á esta inherentes no pueden ser modificadas por convenciones particulares.

2ª Al órden público importa que las funciones jurisdiccionales estén bien deslindadas, para evitar, así las colisiones de los tribunales entre sí, como las controversias que entre los litigantes pudieran surgir sobre competencia de fuero.

Pero si bien se examinan los preceptos que en la materia rigen, aunque unísonos con los de la conveniencia pública, están directa y principalmente calculados para ahorrar molestias y perjuicios á los litigantes. Se estableció el fuero del domicilio, para evitar al demandado el trastorno que le causaria salir del lugar en que tiene su familia y sus afecciones, su casa y sus negocios.

Los fueros del lugar del contrato y

ubicacion de la cosa llevan primariamente por objeto facilitar las diligencias que respecto de esta deben practicarse, y proporcionar á las partes la oportunidad de reunir y presentar sus pruebas con menores dilaciones y gastos. *

Este es el lugar oportuno para consignar un axioma que debe tenerse muy presente, por ser uno de los fundamentos en que estriba la teoría desarrollada en el presente ensayo: *Los juicios son de órden público, en cuanto no puede el social consentir en que se recurra á la violencia para la consecucion de los derechos individuales; pero los medios de accion y de defensa están principalmente establecidos en favor de los litigantes.*

Podria tal vez objetarse en contra de la ley de que se trata lo dispuesto en la

* Esto debe entenderse respecto de la division *local* de las jurisdicciones; pero no habla con la *específica*, que es indudablemente una institucion de derecho público.

décima octava D. *de jurisdictione*, la cual determina que, si habiendo las partes convenido en someterse á un tribunal que no sea el competente, mudare alguna de ellas de parecer, no podria sostenerse el pacto. Pero esa aparente antinomia se explica por la diferencia que el derecho romano estableció entre pactos *nudos y vestidos*, concediendo á estos accion y negándola á los otros. La última ley citada supone que se ha efectuado una convencion *aislada* para la renuncia del fuero; y en tal caso, por llevar el carácter de *nuda*, no es civilmente obligatoria para el que rehusa cumplirla. Pero lo contrario sucederia, si en ella concurrieran los requisitos necesarios para considerarla *vestida*, por ejemplo: si se la hubiera formalizado juntamente con un contrato, porque los pactos añadidos *(pacta adjecta)* producian

accion y excepcion. Así es que el precepto se refiere no á la esencia, sino á la forma del pacto.

El párrafo sexto de la ley quinta, título sesenta y tres, libro séptimo del Código, está concebido en estos términos: "Pero si las partes creyeren conve-
" niente pactar, mediante escritura, que
" á ninguna de ellas sea lícito interpo-
" ner el recurso de apelacion, ó bien que
" no se observe ninguno de los términos
" fatales, determinamos que subsista el
" pacto; pues queremos que la austeridad
" de la ley quede en este caso mitigada
" por los convenios de los litigantes."

Pues bien, la apelacion está considerada como el complemento de los juicios de mayor cuantía: es en ellos lo que el segundo cuerpo en las edificaciones de cierta importancia. Sus ventajas fueron reconocidas desde los tiempos bíblicos:

ella repara los agravios que se hayan inferido en primera instancia á los litigantes por torpeza ó mala fe: ella suple las omisiones y enmienda los yerros en que puedan las partes haber incurrido al exponer ó probar los hechos en que funden sus derechos: ella obliga á los jueces inferiores á ser diligentes y rectos en el cumplimiento de sus deberes, sabiendo que hay un superior que ha de revisar sus actos, corregir sus errores y castigar sus faltas.

En vano se trató, al iniciarse la revolucion francesa, de inducir á la Asamblea Nacional á que suprimiera la jerarquía judicial y las instancias. Aquella célebre legislatura se guardó muy bien de acoger tan perniciosa reforma, cuyo resultado hubiera sido privar á los litigantes, á su pesar y por razones de órden secundario, de las ventajas que co-

mo inherentes á la apelacion se acaban de reseñar. Pero si ellos, ya porque depositen ilimitada confianza en el juez de primera instancia, ya por verse en la necesidad de obtener una resolucion pronta, ora por evitarse gastos, ora por motivos de conveniencia especiales para cada caso, acordaren deliberada y espontáneamente concluir sus diferencias en una sola instancia, ¿por qué impedirles que obren como á sus miras convenga? Tanto más, cuanto que sus intereses pueden sufrir por el hecho de frustrarse algun contrato ó negocio cualquiera que tenga por base forzosa la renuncia de la apelacion.

Por estas y otras consideraciones análogas debió determinarse Justiniano á sancionar la ley que se comenta, de la cual surge naturalmente la deduccion que sigue:

Si respecto de la apelacion, que comprende tantas y tan importantes diligencias judiciales, pareció conveniente al legislador "mitigar la austeridad de las leyes," *permitiendo la omision del recurso por pacto expreso de los litigantes, con mucha mas razon habrá de concedérseles igual permiso (que no seria mas que el ejercicio de la libertad natural), tratándose de diligencias ménos interesantes ó en menor número, conforme á la regla de derecho que dice: "No debe impedirse " lo ménos á quien es lícito lo mas.* *

Queda aun por exponer otra ley cuya importancia no podria nunca ponderarse demasiado, así porque entraña el mas fecundo gérmen del enjuiciamiento convencional, como porque su adopcion y desarrollo introducirán en el sistema hi-

* L. 21 *de divers. reg. jur.*

potecario una mejora que reclaman los principios de la ciencia económico-política. Es la ley tercera, título catorce, libro octavo del Código. Héla aquí: "No " hacen fuerza los acreedores que, ejecu- " tando la ley del pacto, entran en pose- " sion, por no habérseles devuelto su " dinero; deben, sin embargo, tomarla " mediante la autoridad del juez."

A primera vista parece haber contradiccion entre los dos miembros de que se compone el texto, puesto que en el primero se faculta al acreedor para entrar de propia autoridad en posesion de la prenda, y en el segundo se dice que debe ocurrir á los tribunales.

Para zanjar la dificultad, opinan algunos glosadores que la palabra *deben* ha de interpretarse por *pueden*, ya que suele tomarse una por otra en el Cuerpo del Derecho; pero la glosa no es ad-

misible porque estriba sobre el cambio en la acepcion genuina de una palabra que viene á ser como la clave del pensamiento expreso en la ley.

Otros son de parecer, que debe distinguirse si hay ó no resistencia de parte del deudor para la ejecucion del pacto. En el primer caso, afirman que es irreprochable el procedimiento. Respecto del segundo, sostienen que si bien no podria el deudor valerse del interdicto *unde vi*, obraria el acreedor con mas mesura y seguridad, procurándose la mediacion de la autoridad judicial; pues aunque no hubiera lugar el interdicto, podria objetarse la legalidad de la posesion, por exigir el órden público que no se obtenga por violencia la justicia. De ahí es que no incurriria el acreedor en la pena establecida para *la fuerza;* pero podria resentir los malos resultados

de la posesion ilegal, como son el no hacer suyos los frutos y la inhabilidad para trasferir el dominio. *

Fuera de toda duda está, que el acreedor se excederia compeliendo al deudor resistente al cumplimiento del pacto por los medios de apremio que emplea el poder público para la ejecucion de un fallo, y que deberia, para llegar á ese resultado, ocurrir á la autoridad judicial. Pero en tal caso, ¿ha de procederse conforme á la sustanciacion comun, por demanda y respuesta, ó en la via de apremio y sin mas actuaciones que las necesarias para dar la posesion? En este punto hay tambien divergencia de pareceres; bien que segun el mas conforme al espíritu de la ley, que es el que sigue la mayoría (en la cual se encuentra Grego-

* Donell, comentario á la ley de que se trata.

rio Lopez), * si al hacerse el convenio, se pactó la vía de apremio para el evento de oposicion del deudor, deberá seguirse el procedimiento pactado.

El fundamento de este sentir se percibe desde luego: el legislador quiso á tal grado roborar la *ley del pacto*, que declaró no ser caso de fuerza la posesion tomada de propia autoridad. Si pues dispone á renglon seguido que para mayor seguridad se pida al juez la ejecucion del convenio, y si por este se determinó el procedimiento que deberia emplearse, el seguir otro seria infringir y hacer irrisoria *la ley del pacto*, cuando tanta importancia se le atribuye.

Se infiere de lo expuesto que, segun la letra y espíritu de las leyes referidas, puede mediante pacto renunciarse ya

* Glosa 4ª á la ley 14, tít. 14, Part. 5ª

una accion, ya una excepcion, ya el procedimiento comun para sustituirlo con el que convencionalmente se adopte.

No hay mas que generalizar estas ideas, para llegar á la del enjuiciamiento convencional en los términos en que la formula este opúsculo; pero lo que de mas notable tienen es que fueron surgiendo en épocas consideradas como las de mayor lustre y progreso para la jurisprudencia romana.

La primera de esas leyes, aunque tomada de las obras de Ulpiano, realmente se funda en una respuesta de Marco Antistio Labeon, que vivió en tiempo de Augusto, cuando la jurisprudencia era considerada como la parte mas importante de la filosofía, y cuando el gefe del Estado, para enaltecerla, concedió á varios jurisconsultos, entre otros al segundo de los enunciados, el privilegio de dar

respuestas que se consideraban como emanadas de la autoridad suprema.

Durante el gobierno de los Antoninos florecieron los mas eminentes legistas, como Gayo, Emilio Papiniano, Herencio Modestino, Séptimo Severo, Julio Paulo y Domicio Ulpiano. Los dos últimos, sobre todo, escribieron numerosos tratados, de los cuales se obtuvo gran provecho en la formacion de las Pandectas, puesto que los extractos de Ulpiano forman una tercera, y los de Paulo una sexta parte de ellas.

La justa reputacion de estos sabios llegó á tal grado, que sus respuestas eran consultadas con preferencia al texto de la ley, principalmente las que aclaraban puntos difíciles de derecho. De aquí resultó un fenómeno singular, y fué que los romanos poseyesen entónces una literatura jurídica, por decirlo así, en

que la belleza del lenguaje, la concision y la admirable claridad en el desenvolvimiento de las cuestiones mas intrincadas, contrastan con la decadencia que, desde el tiempo de Séneca, comenzó á notarse en la literatura propiamente dicha. Pues bien, en esa época, que puede considerarse como la de oro para la jurisprudencia, fué expedido por los emperadores Severo y Antonino el rescripto que autoriza al acreedor para entrar de propia autoridad en posesion de la prenda en virtud de *la ley del pacto.*

Justiniano sancionó la renuncia del fuero competente y la de la segunda y ulteriores instancias; y ahí están las legislaciones modernas de los países latinos, calcadas todas sobre la justiniánea, para atestiguar hasta qué punto fué bonancible aquel reinado para la ciencia!

CAPITULO VI.

Los glosadores fecundaron el gérmen del enjuiciamiento convencional contenido en la legislacion romana.—Pacto ejecutivo.—Cláusula de *voie parée*.—Opiniones de Censio, Merlino, Avendaño, Acevedo y Parladorio.

Los prolijos estudios de los glosadores, una vez descubierto el gérmen de la idea, no podian ménos de fecundarlo por la discusion, y lograron efectivamente darle cierto desarrollo. Acaba de hablarse de los diversos comentarios á que dió lugar la ley tercera C. *de pignoribus*; pero una vez encontrada y fija la interpretacion genuina, idearon los legistas,

é introdujeron en la práctica, cierto procedimiento llamado *pacto ejecutivo*, que fué por largos años observado en Italia, España y Alemania, y con el cual se dió un paso avanzado hácia el enjuiciamiento convencional.

Se ha manifestado ya que, conforme al espíritu de la ley citada, cuando el acreedor por resistencia del deudor ocurra á la autoridad para que lo ponga en posesion de la prenda, ha de seguirse el procedimiento adoptado en el pacto. Pues bien, raciocinando los tratadistas por paridad de razon, segun el principio que dice *ubi eadem est ratio, eadem esse debet juris dispositio*, consideraron como extensiva á todos los contratos la facultad de hacerse pago de propia autoridad, mediando convenio especial para proceder así. En tal caso el acreedor, una vez constituido el deudor en mora, se apo-

deraba extrajudicialmente de los bienes de este, en cuanto fueran bastantes para efectuar el pago, y prescindiendo de la causa ó título de la obligacion.

El pacto ejecutivo data desde los tiempos de Bartolo y de Baldo, y llegó á adquirir gran boga, como que favorecia altamente la tendencia que, segun se dirá despues, han manifestado de continuo los pueblos á evitar el difuso formulario de la sustanciacion comun y los abusos á que se presta para eludir indefinidamente el cumplimiento de una obligacion.

Era tal la importancia atribuida al pacto, que si el acreedor estimaba conveniente ocurrir para mayor seguridad al juez, cuidaba por lo comun de protestar, que lo hacia por mera deferencia y en muestra de respeto á la autoridad, pero dejando á salvo los derechos que la convencion le tenia conferidos.

El auto de posesion pronunciado en la via pactada no era apelable, y procedia no solo contra el obligado directamente, sino contra su heredero, aun cuando fuera pupilo, y no obstante que el crédito permaneciese ilíquido. Pero si el deudor no estaba conforme con la liquidacion ó con la apreciacion de los bienes aplicados al pago, podia reclamar contra ellas, y el juez resolvia la controversia en juicio sumario, oyendo el dictámen de peritos contadores ó avaluadores, conforme á lo establecido en la ley diez y seis, párrafo noveno D. *de pignoribus*, que dice: "Puede constituir-
" se la hipoteca ó la prenda con la cali-
" dad de que, si dentro de tiempo deter-
" minado no se hace el pago, pueda el
" acreedor entrar en posesion de la co-
" sa como por derecho de compra, y *ha-*
" *ciéndose entónces la justa estimacion*

"*del precio*: en tal caso se considerará
"el contrato como una venta condicio-
"nal. Así lo resolvieron los emperado-
"res Severo y Antonino."

Lo que habia de singular en el procedimiento de que se trata, era que, segun la opinion de los mas acreditados tratadistas, el acreedor podia apoderarse de los bienes del deudor por la fuerza, cuando intervenia el pacto de precario ó el de constituto; porque teniendo en tales casos el acreedor la posesion natural y la civil, léjos de agredir al deudor, él era el perturbado con la renuencia de este; y como no hacia mas que defender su derecho, estaba facultado para entrar de cualquier modo en los bienes, con tal de que no hubiera efusion de sangre. *

* Saliceto á la ley 3ª C. *de pignoribus quæst.* 1ª; Negusano, *de pignóribus* et *hipotecis*, tom. 6º, part. 4ª, núm. 14.

Tanto ó mas singular era la práctica recibida entre los griegos, segun la cual, al decir de Francisco Baldo, * tenia el acreedor, aunque no interviniera pacto, derecho de entrar en posesion de los bienes del deudor, y en caso de resistencia podia interponer un recurso idéntico al interdicto *unde vi.*

El pacto ejecutivo nunca fué sancionado por los legisladores, porque han dado siempre en la idea de que el desprenderse de la tutela que se arrogan sobre los intereses privados, traeria por consecuencia el desquiciamiento de la sociedad: ni mas ni ménos que aquellos dementes á quienes se ve á toda hora abrazados de una columna, ó en actitud de sostener una pared, por temor de que si las sueltan se venga abajo el mundo.

* Comentario al párrafo *recuperandæ* I. *de interdictis.*

Esto no obstante, la práctica forense lo adoptó largo tiempo sin reservas, porque estaba en consonancia con la aspiracion pública. De él debió recibir la administracion de justicia un impulso poderoso hácia el progreso, puesto que la simplificaba considerablemente; y si tuvo impugnadores, contaba en su apoyo con la mayoría de la opinion.

Cierto es que la mejora se hallaba todavía distante de adquirir el desarrollo de que es susceptible, porque el procedimiento era igual para todos los casos; y concreto, como lo estaba, á la via de apremio, el pactarlo era ocasion de meditar y comprometerse mucho, pues tanto importaba ello como renunciar los medios de defensa. De ahí debió resultar que las partes no se aventurasen con frecuencia á abandonar el enjuiciamiento ordinario.

Pero si se las deja en libertad, ya para ajustar el pacto ejecutivo en toda su rigidez, ó para desprenderse solamente de aquellos medios de accion y defensa que no crean necesarios para terminar las futuras disensiones, se les proporcionará la ventaja de idear para cada caso una sustanciacion adecuada, sin tener que optar por fuerza entre las dilaciones y gastos de los juicios comunes y el rigor inflexible del pacto ejecutivo. *

En Francia, ántes de la ley de 2 de Junio de 1841, se cuestionaba en caluroso debate sobre si por convenios particulares podia modificarse el código de proce-

* Sobre el modo de proceder en virtud de dicho pacto puede verse á Andres Gail, *lib.* 2º, *observ.* 45, *n.* 8, y *de pace publica, cap.* 2º *n.* 25; Heignesio, *part.* 2ª *quæst.* 7, *n.* 41; *Tesaur. dessis* 26, *n.* 6; Antonio Faver *ad C. lib.* 4º, *tít.* 42, *defin.* 57; Jacobo Cancerio, *var. resol., tom.* 2º, *cap.* 3º, *n.* 3, 4 y 5; Edmundo Merilio, lib. 1º de las observaciones, cap. 7º; Juan Sande, *Dessisiones Frisiæ, lib.* 1º, *tít.* 2, *defin.* 3.

dimientos en lo concerniente á las formalidades del embargo inmobiliario, determinando de antemano un procedimiento especial, conforme al cual quedaria el deudor lícitamente expropiado. Las cortes de justicia de Aix, Amiens, Burdeos, Donai, Paris, Rennes, Tolosa, Treves y la de casacion, se habian pronunciado por la afirmativa, es decir en el sentido de la validez de la estipulacion. Las de Bourges, Bruselas y Lyon, adoptaron la doctrina opuesta. Entre los tratadistas, Maleville, Delvincourt, Troplong, Duvergier, Carre, Thoncine, Rolland de Villargues y Gagneraux, habian abrazado el primer sistema, optando por el segundo Merlin, Persil, Duranton y Lefevre.

En el art. 742 de dicha ley se previene lo siguiente: "El pacto por el cual se " otorga que, en caso de no cumplirse las

"obligaciones contraidas con el acreedor, "tendrá este derecho de hacer vender "los inmuebles del deudor sin las forma- "lidades prescritas para el embargo, es "nulo y se tiene por no hecho."

Esta desacertada disposicion ha sido combatida por célebres jurisconsultos, aduciendo en contra de ella copia de incontrovertibles razones. Hé aquí las prominentes: 1ª Que era necesario dejar á las partes la libertad de estipular á su arbitrio la cláusula de *voie parée*, * porque hacer lo contrario, seria atentar, así á la libertad de los pactos, como al de-

* Se daba el nombre de cláusula de *voie parée* á la que contenia el pacto de que se trata. La voz *voie parée*, así como sus equivalentes *executionem paratam* y *aparejada ejecucion*, se formaron por corrupcion del participio *partam* empleado en la ley 40 D. *de minorib.*, donde se habla de persecucion ó ejecucion provenida de sentencia, *persecutionem partam ex causa judicati*.

recho absoluto del propietario sobre sus bienes. 2ª Que tal prohibicion daria por resultado el suscitar obstáculos al desarrollo del crédito inmobiliario, que no puede prosperar, sino en tanto que la expropiacion se opere rápidamente y á poca costa. 3ª Que la disposicion referida agravaria, en lugar de mejorar, la condicion del mutuario, porque el mutuante no omitiria en el contrato tal ó cual condicion equivalente á una prima compensatoria de las dificultades y retardos que tuviera que soportar para obtener el pago. 4ª Que la experiencia no justificaba en manera alguna las aprehensiones de los que reprueban la cláusula de *voie parée*, pues en los países donde habitualmente se la estipulaba, como en Burdeos y en Pau, no habia producido mas que resultados benéficos, mejorando la condicion del crédito hipotecario,

disminuyendo el interes del dinero, y aun evitando los embargos; porque, como allí se decia, *á medida que la ejecucion se facilita, crece el cuidado del deudor por no dar lugar á ella.*

Pasando ahora á las objeciones de los prohibicionistas, como las apoyan en los artículos 2078 y 2088 del código de Napoleon, será bien insertar estos previamente, para mejor graduar la febleza de aquellas.

"Art. 2087. El acreedor no puede, á
" falta de pago, disponer de la prenda;
" puesto que tiene á salvo su derecho
" para pedir ante los tribunales que se la
" venda en almoneda pública, ó que se le
" adjudique, hasta la debida concurren-
" cia, conforme al avalúo hecho por pe-
" ritos.

" Toda cláusula que autorice al acree-
" dor para apropiarse la prenda, ó pa-

"ra disponer de ella sin las formalida-
"des prescritas, es nula.

"Art. 2088. El acreedor no se hace
"propietario del inmueble por el solo he-
"cho de no verificarse el pago en el pla-
"zo convenido; cualquiera cláusula con-
"traria es nula: en ese caso puede pedir
"la expropiacion de su deudor por las
"vias legales."

Pues bien, los que impugnan la cláusula de *voie parée*, fundándose en la analogía que pretenden encontrar entre ella y los pactos prohibidos por los artículos preinsertos, sostienen que es incompatible con esas disposiciones. Aun suponiendo que el raciocinio precedente fuera exacto, semejante argumento apénas merece el nombre de tal; porque no emana de la ciencia, sino de la consideracion puramente circunstancial de haber un derecho establecido que pugna con

la cláusula, y sin investigar si la razon está por parte del uno ó de la otra. Pero la verdad es que tal pugna no existe, porque la cláusula no autoriza al acreedor para que se apodere del inmueble que le está afecto, ni suprime, sino que simplifica, las formalidades del embargo.

Otra objecion se formula para el caso de concurso, basándola en el perjuicio que resultaria á los demás acreedores por accion real, si el que estipuló la cláusula hiciera vender el inmueble de cualquier modo para pagarse, aunque nada recibiesen ellos, y no obstante que algunos fueran preferentes y que tuviera la hipoteca un valor muy superior al precio de venta ó adjudicacion. A esto se contesta: que la prelacion no debe alterarse, porque los pactos no afectan los derechos de terceras personas: que si el precio es realmente muy bajo, los acree-

dores perjudicados tienen el recurso de pujarlo, hasta llegar al que próximamente pudiera sacarse mediante el procedimiento demarcado en las leyes: que la experiencia ha demostrado que el obtenido por este último medio es por lo comun inferior al que proporciona la ejecucion de la cláusula.

En atencion á estas consideraciones se ha dicho ya en el capítulo cuarto, para la mejor inteligencia del asunto de esta obra, que los pactos de enjuiciamiento solo son de observarse en los juicios universales, en cuanto no pugnen con la marcha y objeto del procedimiento.

La obcecacion de los impugnadores de la cláusula llega al punto de forjar tan fútiles argumentos, que ó no merecen respuesta, ó la tienen tan breve y perentoria como es de verse en los ejemplos siguientes.

Se arguye con el temor de que el procedimiento diera por resultado la excesiva movilizacion del suelo, y su trasmision frecuente sin las formalidades necesarias para garantizarla.—Se contesta que lo primero seria la mejor prueba de la conveniencia del sistema, porque las ventajas de movilizar el territorio están incontestablemente demostradas por los economistas; y por lo que hace á las formalidades que deben acreditar la traslacion del dominio, ya cuidará el interes privado, con mayor eficacia que la ley, de que no se omitan mas que las supérfluas.

Se objeta que estando suficientemente simplificados los trámites del embargo por el código frances de procedimientos, ha venido á ser innecesaria la cláusula.—Este argumento no necesita contestacion, porque ya la ha dado la experiencia.

Se impugna la idea diciendo, que el dejar tanta libertad á los particulares para sus convenios, seria permitirles invadir el terreno del legislador.—Se responde que desde la antigüedad mas remota se ha considerado el pacto como ley para los contrayentes, y que la libertad de pactar se apoya en los mas sanos principios de las ciencias jurídica y económica.

Planteada la cuestion en el Cuerpo Legislativo, donde fué luminosamente debatida, al discutirse la mencionada ley de 2 de Junio de 1841, apoyaron la conveniencia de la cláusula Dupin, Dufaure, Chégaray, L'herbette y Garnou, impugnándola Texte, Debelleyme, de Gotvéry y Renouard. La opinion de los primeros fué sostenida con innumerables razonamientos; pero el frívolo temor de que se cometieran abusos, dió por re-

sultado que se adoptara, no sin vacilar mucho, la de los segundos. *

La cláusula de *voie parée*, aunque no tanto como el pacto ejecutivo, se resiente de la uniformidad del procedimiento, y tiene, además, el inconveniente de ser solo aplicable al embargo de inmuebles; pero debe de todas maneras considerársela como una prueba del trabajo preparado por los tratadistas para buscar la simplificacion del enjuiciamiento en la supresion convencional de los trámites.

Para mayor comprobacion de esa tendencia, y por lo que respecta á los legistas de mas boga en el foro patrio, no será fuera de propósito traer á colacion aquí las doctrinas profesadas por algunos de ellos en pro del sistema que se está examinando.

* Dalloz, art. *vente publique d'inmeubles*.

Ya en el capítulo anterior se ha hecho mérito de la de Gregorio Lopez.

Censio es de parecer que, si con la mira de facilitar en un contrato de censo el pago de los réditos insolutos, se concede por pacto al censualista la facultad de indemnizarse de propia autoridad con los frutos de la cosa censuada, el convenio es válido; y en caso de resistencia, el juez debe ejecutarlo sumariamente, sin admitir mas excepciones que las que puedan probarse en el acto de la traba.*

Para ejecutar el pacto de la ley tercera C. *de pignoribus*, es decir el que autoriza al acreedor para entrar extrajudicialmente en posesion de la hipoteca, sostiene Merlino que el juez, si fuere necesario recurrir á él, debe dar mano fuer-

* *De censib, quæst.* 94, *per tot.*

te al peticionario, y proceder sin figura de juicio ni audiencia del deudor. *

Avendaño, fundándose en la autoridad de Alejandro y de Mateo, enseña que el pacto por el cual se obligan los contratantes, para el evento de un litigio, á no emplear mas que determinadas pruebas durante el plazo que para ello se prefije, es lícito; y que en tal caso no son admisibles las de otro género, ni aun las pactadas, si se producen fuera de tiempo. Así es que, aunque conforme á derecho dos testigos mayores de toda excepcion presentados en término forman prueba plena, si se pacta que haya esta de hacerse por medio de cinco y durante un plazo diverso del legal, el juez tendrá que arreglar su procedimiento al convenido por las partes. †

* *De pignorib.*, lib. 4º, tít. 4º, quæst. 113.
† Part. 2ª, cap. 29, n. 6.

A primera vista parece que Acevedo asienta lo contrario, cuando dice que en la recepcion de las pruebas se cuide siempre de observar el órden judicial, no obstante que otros actos no lo requieran. Pero realmente no es así, porque lo que el autor sostiene es que, aunque segun la ley diez, título diez y siete, libro cuarto R., no debe atenderse á las fórmulas judiciales sino á la verdad de los hechos, ninguna de las partes podria, apoyándose en tal disposicion, pedir que fueran de nuevo examinados los testigos despues de la publicacion de probanzas. En este caso no se trata de suprimir trámites por convenio de las partes, sino de conceder á una lo que podria perjudicar á la otra, en el evento probable de que se lograra corromper á los testigos que hubieran declarado en favor de esta. Antes bien la opinion de Acevedo viene á

confirmar las precedentes; porque á pesar de la importancia que da en punto á pruebas al órden judicial, resuelve terminantemente que no hay obstáculo para recibir la testimonial despues de la publicacion, si la parte contraria lo consiente, aunque sea de una manera tácita. *

Parladorio es todavía mas explícito sobre el particular. Estas son sus palabras: "Se exige á tal punto el órden ju-"dicial en la sustanciacion ordinaria, que "se ha disputado entre los escritores si "podian los litigantes dispensarse de ob-"servarlo, segun es de verse en el capí-"tulo cuarto *de officio delegati*, donde en-"señan la glosa y los glosógrafos que no "están facultadas las partes para renun-"ciar esa solemnidad, y del mismo pa-

* Coment. á la ley cit. desde el núm. 89 al 93.

"recer es Maranta en el *Speculum au-* "*reum*, parte cuarta. Pero yo no tengo "esto por cierto, tratándose de negocios "civiles; porque de serlo, no podrian las "partes renunciar la apelacion, lo cual "pugna con la ley quinta, párrafo sexto "C. *de temporibus appellationum*. Y tan "no es cierto, que basta para demostrar- "lo, prescindiendo de las razones jurídi- "cas, lo dispuesto por el derecho real en "las leyes diez, título diez y siete, libro "cuarto, y en la diez y ocho, título diez "y seis, libro sexto de la Recopilacion." *

Basten las doctrinas referidas para el complemento de la materia sobre que versa el presente capítulo. Exponer todas las concordantes seria fatigar la atencion inútilmente; y por lo que respecta á las de los opositores, hay que aplazar

* *Sesquicenturia, different.* 137, *num.* 4 y 5.

su exámen, por razon de método, para el capítulo octavo donde se refutarán las mas autorizadas.

CAPITULO VII.

Tendencia de los pueblos hácia el enjuiciamiento convencional.—Arbitraje.—Legislacion mercantil.—Exámen de la ley primera, título doce del Ordenamiento de Alcalá.—Frecuencia de los pactos de enjuiciamiento.

Se ha hecho de antemano presente que la idea del enjuiciamiento convencional no es nueva, porque ademas de haberla columbrado el derecho romano y cultivádola los tratadistas, los pueblos han propendido constantemente á realizarla, á pesar de la resistencia opuesta por la monomanía tutelar del poder público.

Si esa tendencia ha existido por todas partes, y data de los mas apartados tiempos á que puede remontarse la historia, como se demostrará en este capítu-

lo, preciso es considerarla como una necesidad que al estado social importa satisfacer para mejorar la condicion de los asociados.

En el arbitraje se descubren á primera vista los caracteres todos del enjuiciamiento convencional. El compromiso no solo modifica la legislacion procesal, sino que del todo la suplanta en algunos casos. Por él adquieren jurisdiccion personas que legalmente no la tienen, y durante el tiempo que les conceden las partes para ejercerla. Él arregla la forma de la sustanciacion, determinando si ha de observarse la comun, la que á los arbitradores plazca, ó la que á las partes convenga: á él se atiende para saber si tienen lugar ó son improcedentes los recursos de apelacion y reduccion establecidos por la ley contra los fallos arbitrales.

El arbitraje, atendiendo á la necesidad que satisface, debe haber sido una de las primeras instituciones humanas, ó mas bien una práctica tan antigua como los juicios patriarcales. Basta, para fundar esta apreciacion, atender á lo que pasa ordinariamente en el curso de los negocios, y á la manera mas natural de terminar las diferencias que con motivo de ellos se suscitan. Si dos ó mas personas contienden sobre un punto cualquiera, y presencian otra ú otras la discusion, las primeras, por un movimiento casi instintivo, requieren á las segundas, sometiéndose á su buen juicio, para que resuelvan, oidos los fundamentos que por una y otra parte se expongan, cuál de ellas tiene la razon.

Jacob invitando á Laban en los tiempos bíblicos á sujetarse á la decision de los hermanos de uno y otro: El rey D.

Enrique nombrando sus árbitros en la edad média, para que, en union de los que designaron los prelados y ricos hombres, resolvieran las diferencias pendientes entre aquel y estos: la Inglaterra y los Estados Unidos buscando en un fallo arbitral la conservacion de la paz, que ha estado en la actualidad á punto de alterarse entre ambos países por la cuestion del Alabama; y los innumerables casos de arbitraje que por todas partes ocurren, prueban que ha atravesado las edades, sin perder ninguna de las ventajas que proporciona á los asociados, á quienes interesa tener una justicia de su eleccion, para sustraer sus debates á los gastos, á las dilaciones y chicanas que origina el enjuiciamiento comun.

Pero tan legítima aspiracion ha estado permanentemente reprimida por los le-

gisladores que, so pretexto de reglamentar el arbitraje para que no refluya en contra de los intereses comprometidos, no han hecho mas que desnaturalizarlo, dando en él intervencion á los tribunales comunes, ó estableciendo trámites que han de practicarse forzosamente, aunque no estén pactados en el compromiso. De ahí vinieron la apelacion del fallo arbitral ante la justicia ordinaria y la reduccion á arbitrio de hombre bueno introducidas por el derecho romano y adoptadas por las legislaciones que de él se derivan: de ahí el recurso de un nuevo juicio concedido por la del Indostan, que autoriza á cualquiera de las partes para que, en caso de estimar injusta la sentencia de los árbitros, se queje de ella ante el magistrado, quien habrá de nombrar otros. *

* Cod. de los gentus, páginas 114 y 142.

Mas racional era en este punto la legislacion ateniense. Una de las leyes de Solon dice: "Si los ciudadanos quieren "elegir un árbitro para terminar sus disensiones, tomen al que quisieren de "comun acuerdo, y estén despues á su "decision, *sin poder ya ocurrir á otro "tribunal.*" * Esta disposicion no concede á la autoridad judicial ingerencia en el arbitramiento; pero es antifilosófica, en cuanto que priva de este recurso á los litigantes, cuando voluntariamente quieran interponerlo. En justicia y en principio no hay que exigirlo como parte integrante de la sustanciacion, ni que prohibirlo como contrario á la índole de esta; sino dejar á los comprometentes en libertad, para que pacten sobre el particular lo que mejor cuadre á sus miras.

* Demósten., ley ática, pág. 344.

De todas maneras, el arbitraje, coetáneo de la sociedad, el arbitraje, anterior á las leyes y á los tribunales, el arbitraje, siempre en crédito en medio de la ruina de tantas otras prácticas forenses, no siendo mas que una de las formas del enjuiciamiento convencional, demuestra en este un importante resorte, cuyo entorpecimiento debe trascender á todo el mecanismo judicial.

El derecho mercantil es otra prueba de la propension que los pueblos manifiestan á esquivar en ciertos casos la embarazosa rutina de la sustanciacion comun.

Sea que el comercio estaba considerado antiguamente como ejercicio vil: sea la precision en que durante la edad média se encontraban los comerciantes de ocultar sus operaciones, para sustraerse á la rapacidad de los magnates:

sea en fin la costumbre, por tanto tiempo observada entre las corporaciones, de guardar rigorosamente ciertos secretos de su arte ú oficio; los comerciantes tenian sus prácticas particulares establecidas por reglamentos interiores y usos no escritos de que no estaban al tanto los legisladores ni la gente de otra profesion. Pero de todas maneras debió influir mucho en esto la necesidad de dar vida y soltura al tráfico.

Las grandes reformas de la legislacion, en lo relativo al comercio, no fueron ideadas por los legisladores, sino introducidas en la práctica por los comerciantes mismos y adoptadas luego por aquellos. Cuando Luis XI expidió la ordenanza de 1462 sobre letras de cambio, circulaban ya en Francia con muchos años de anterioridad, y no hizo mas que autorizar á los comerciantes de Lyon á que se

sirviesen de ellas, como si ántes no les fuera permitido hacerlo. Las ordenanzas de 1549 y 1563 no crearon, sino que reconocieron la jurisdiccion consular de Tolosa y de Paris, á las cuales por costumbre y tácito convenio sometian los comerciantes sus contiendas, para evitarse, por una parte, costas y retardos, y para buscar, por otra, mayor acierto en las decisiones, como dadas por jueces de la profesion.

Lo mismo pasaba en España. Al advenimiento de los Reyes Católicos, de mucho tiempo atras se habian formado los comerciantes, particularmente en las poblaciones mercantiles, juzgados especiales, que resolvian los asuntos contenciosos á verdad sabida y buena fe guardada sin complicados trámites ni largos alegatos. La villa de Burgos solicitó que esa jurisdiccion privativa establecida en

lo particular lo fuera por la ley, y á ello defirieron dichos monarcas por real cédula expedida en Medina del Campo á 21 de Julio de 1564. *

Al objeto de esta obra conviene trasladar aquí algunos párrafos de la disposicion enunciada, para que en vista de ellos se juzgue con mayor seguridad sobre el punto histórico de que se trata.

"Acatando cuánto cumple á nuestro ser-
" vicio, y al bien y pro comun de nuestros
" Reynos de conservar el trato de mer-
" cadería, y como en algunas partes de
" nuestros Reynos y en los Reynos co-
" marcanos *los mercaderes tienen sus*
" *Cónsules que hacen y administran jus-*
" *ticia en las cosas de mercaderías y en-*
" *tre mercader y mercader*, fué acorda-
" do, que en cuanto nuestra merced y

* Ley 1ª, tít. 2, lib. 9, N. R.

"voluntad fuese, debiamos de proveer "en la forma y manera siguiente. Por la "presente damos licencia, poder y facul-"tad y jurisdiccion á Prior y Cónsules "de los mercaderes de la ciudad de Bur-"gos, que ahora son y serán de aquí "adelante, para que tengan jurisdiccion "de poder conocer y conozcan de las di-"ferencias y debates que hubiere entre "mercader y mercader. . . . . . .

. . . .

"para que lo libren y determinen breve "y sumariamente *segun estilo* de merca-"deres, sin dar lugar á largas dilaciones "ni plazos de abogados."

Esta disposicion se hizo despues extensiva á las villas de Bilbao y Madrid por reales cédulas de 22 de Junio de 1611 y 9 de Febrero de 1632. *

* Leyes 2ª y 4ª, tít. 2, lib. 9, N. R.

Fuera de propósito seria el encarecer aquí las ventajas del comercio, puesto que está universalmente reconocido como uno de los elementos mas fecundos de prosperidad y civilizacion. Cultivado por los pueblos de la antigüedad, decae en tiempo de los Bárbaros, para renacer con mas vigor en las Repúblicas Italianas; "y difundiendo de pueblo en pueblo "los dones de su inagotable cornucopia, "corre como un rio de oro por las venas "del mundo."

Pero el poder del comercio estriba en la facilidad y llana ejecucion de los contratos, en la rapidez de la circulacion y en la seguridad del crédito. Por eso las instituciones mercantiles han propendido siempre á dar exacto y pronto cumplimiento á las transacciones, y á evitar que los que abusan del crédito, hagan otro tanto con las formalidades, en mu-

chos casos innecesarias, del procedimiento comun, para eludir indefinidamente sus obligaciones.

Con la mira de llegar á este resultado, preciso era valerse de jueces y de juicios especiales; y como no los autorizaba la ley, los comerciantes, al renacer la industria mercantil, tuvieron que recurrir al enjuiciamiento convencional, sin cuyo auxilio habria tardado esta, quien sabe cuánto tiempo, en adquirir el prodigioso desarrollo que hoy presenta, lo cual deberia forzosamente refluir en detrimento de la civilizacion y del bienestar general.

Ahora bien: en cualquiera sociedad todos los asociados comercian entre sí, ya proveyéndose periódicamente de las mercancías que necesitan para el consumo diario, ya celebrando una que otra vez diversos contratos, en que resultan

cambiados, con ventaja para los contratantes, bienes ó trabajo de los unos por trabajo ó bienes de los otros; y no hay razon para que la prerogativa del enjuiciamiento convencional concedida de una manera estable á las personas que adoptan como profesion el comercio, se niegue á quienes ocasionalmente lo hacen, cuando la crean necesaria para el buen éxito de sus operaciones, el cual influye tambien en la prosperidad pública, que no es mas que la suma de las comodidades individuales.

Tan cierto es esto, que durante la misma época en que fué privadamente organizándose la jurisdiccion mercantil, las demás clases trabajadoras se afanaban por evitar en los contratos las embarazosas fórmulas y por abreviar en los juicios el dilatado procedimiento de la legislacion romana.

Por lo que hace á los contratos, ya se ha manifestado que la constante aspiracion de dichas clases á simplificarlos, fué la que dió orígen á la célebre ley única, título seis del Ordenamiento de Alcalá, por la cual se dispone que apareciendo que se ha contraido una obligacion, se la tenga por válida, cualquiera que haya sido la forma ó manera de contraerla.

Por lo que á los juicios respecta, igual procedencia tuvo la no ménos famosa ley primera, título doce del mismo Ordenamiento. Ella es la confirmacion de lo que sobre el particular disponian los antiguos fueros municipales, en los cuales no hicieron los reyes mas que reconocer las franquicias recuperadas por el estado llano durante la lucha que sostuvo contra la aristocracia feudal.

Segun esta ley, pueden bien omitirse en la sustanciacion de un litigio las for-

malidades para ella establecidas, *con tal de que las partes no se opongan;* pues constando cuál es la demanda y cuál la contestacion, el juez, en vista de las pruebas, debe sentenciar á verdad sabida, "aunque desfallezcan las otras solemni- "dades y substancias de la órden de los "juicios que los Derechos mandan." Pero si cualquiera de los litigantes pide que se practique la actuacion suprimida, habrá de hacerse así, so pena de nulidad de la sentencia, y de ser el juez condenado en las costas.

Los que se fijan en la forma desatendiendo la sustancia, aquellos que se pagan mas de las exterioridades que del mérito intrínseco de las cosas, se escandalizaron de esta disposicion; porque venia, en su concepto, á subvertir el órden judicial, preferible para ellos á la justicia misma, que siendo pronta y barata, pri-

va á la curia de una parte de los emolumentos que la conservacion del *órden* pudiera proporcionarle. Pero aun suponiendo que el lucro sea el móvil de los ménos, hay otro motivo para que tenga la ley opositores; y es, que habiéndose por tanto tiempo inculcado en las aulas como doctrina científica el defectuoso enjuiciamiento de los romanos, segun el cual una insignificante omision, un error sin trascendencia, viciaba el juicio todo; los que con tales ideas se han connaturalizado, al ver suprimidos tales ó cuales trámites, aun cuando así convenga al interes de los litigantes, se indignan contra lo que suponen ignorancia y profanacion del derecho, como si este consistiera mas en la observancia de rutineras prácticas que en la de los principios filosóficos.

Y si bien no estaban estos sino imperfectamente reconocidos en la época en

que se formó el Ordenamiento de Alcalá; entónces, como en otras veces, la necesidad fué madre de la ciencia. Aquellos pueblos habian logrado independerse por medio del trabajo, y prosperaban con la industria y el comercio que, viviendo de la actividad y la concordia, demandaban contratos fáciles y justicia expeditiva.

El espíritu de aquella época fué el que presidió á la expedicion de las leyes de que se trata, en las cuales es preciso ver, no ideas emanadas de los legisladores, sino condescendencias interesadas de los reyes con las justas pretensiones de las clases trabajadoras. Los sabios de aquel tiempo estaban muy distantes de columbrar las teorías económico-políticas en que se apoya la libertad de los pactos, y las que mas adelante se expondrán para fundar la conveniencia del enjuiciamiento convencional; y sin embargo fue-

ron sancionadas ambas reformas en dicha compilacion; pues la segunda de las leyes enunciadas no es mas que el enjuiciamiento convencional mediante pacto tácito, ya que autoriza la supresion de todas las solemnidades, con tal de que las partes no la contradigan y se conserven los elementos del juicio.

Si se formara la estadística del notariado, vendria á suministrar otra prueba de esa proclividad, general en los hombres de negocios, á buscarse jueces y procedimientos de su eleccion para el caso de contienda sobre intereses. Regístrese cualquiera protocolo, y se encontrarán de seguro en él varios instrumentos con pactos preconcebidos para el evento de un litigio, y dirigidos á suprimir ó abreviar trámites.

Esto es, sobre todo, muy frecuente, tratándose de contratos cuya definitiva

ejecucion depende solamente de una de las partes contratantes, por haber cumplido la otra de antemano sus obligaciones, como sucede, por ejemplo, en el préstamo y en la venta á plazo. Natural es que el prestamista y el vendedor, que desde luego se privan del aprovechamiento de la cosa prestada ó vendida con la esperanza de que será devuelta la una ó entregado el precio de la otra dentro de cierto tiempo, procuren evitar que el mutuario, comodatario ó comprador, despues de estar disfrutando los bienes sobre que versa el contrato con anterioridad al lleno de sus deberes, todavía se propongan eludirlos, dando lugar á un litigio en que abusarán de todos los medios de defensa para hacerlo interminable.

Al ver la frecuencia con que se escrituran pactos de enjuiciamiento, cual-

quiera que no esté versado en la práctica forense creerá que se los lleva puntualmente á efecto; y si no participa de la preocupacion escolar en punto á la inflexible observancia de la tramitacion legal, apénas podrá explicarse que tanto se haya escrito en esta obra para sostenerlos, cuando la ley no los prohibe y salta á la vista la equidad intrínseca de ellos.

Pero la verdad es, que aun cuando no haya ley prohibitoria, * rige de ordinario alguna que norma los procedimientos; y se reputa como infraccion de esta el suprimir ó modificar cualquiera de los establecidos.

Ya se ha dicho que entre los tratadistas, si bien la mayor parte se inclina

* En Francia, como se ha manifestado al tratar de la cláusula de *voie parée,* se halla esta prohibida por la ley de 2 de Junio de 1841.

en favor del enjuiciamiento convencional, algunos hay que lo impugnan. Y como la idea nunca fué completamente desarrollada por ellos, y sus opiniones diseminadas al acaso y como perdidas en el cúmulo de materias que abarcan las obras de jurisprudencia, no han llegado á formar un cuerpo de doctrina, ni se las ha sometido al crisol de la ciencia; de ahí proviene que no se haya todavía uniformado la opinion, y que los jueces, en la duda, se resuelvan por el arbitrio que mas seguro parece, exigiendo, á pesar del pacto, el estricto cumplimiento de las leyes procesales.

Es, por otra parte, casi unánime el acatamiento que justamente se tributa á las "Reglas de Derecho" en los países que han normado su legislacion por la romana. Pues bien: conforme á las teorías profesadas por algunos de los glosa-

dores, *el órden judicial* pertenece á las instituciones de derecho público; y como segun dichas reglas este no puede ser abrogado ni modificado por los pactos privados, * los tribunales han encontrado en ellas el tema obligado de todos los fallos reprobatorios del enjuiciamiento convencional; por lo cual es preciso examinar con atencion el punto en el capítulo siguiente, para demostrar que se ha estado haciendo una falsa aplicacion del apotegma enunciado.

* Leyes 27 y 45 (*in fine*) *de reg. jur.*

CAPITULO VIII.

Imperfectas nociones de los romanos acerca del derecho público.—Cómo se lo debe definir.—A él no corresponde la sustanciacion civil.—Se examinan las opiniones de los tratadistas que se oponen al enjuiciamiento convencional.

Tratada ya la cuestion en abstracto á la luz de la historia y conforme á los principios del derecho universal, conviene ahora concretarla, procurando fijar la aplicacion de la Regla citada poco há, y examinando las teorías de los glosadores mas notables que han disentido de la opinion comun.

Entre los romanos la palabra *derecho*

público tenia varias acepciones. Bajo un aspecto, el derecho comun era público en cuanto á la facultad de usarlo, porque cualquiera individuo podia valerse de él.* En este sentido habla Terencio cuando dice:

An ne id quidem ego adipiscar quod publicum est?

Phorm., *act.* 2º, *scen.* 3ª, *vers.* 65.

Bajo otro punto de vista se llamaba público el derecho por razon de orígen, porque procedia de la autoridad, aun cuando se dirigiera á la utilidad privada, á diferencia del que nace de convenios particulares. † Se empleaba, por último, dicha denominacion en el sentido propio, aplicándola al derecho que tenia por objeto primario el órden público.

Pero aun bajo esta última acepcion,

* Ley 8ª D. *de tutel.*

† Antonio Faber, á la ley 38 D. *de pactis.*

el derecho público de los romanos comprendia una multitud de disposiciones que realmente pertenecen al privado. Abarcaba todo lo relativo á las cosas sagradas, á los sacerdotes, á la religion y á los magistrados, así como el derecho fiscal y en general todas las leyes, plebíscitos, senado-consultos, edictos de los pretores y costumbres del pueblo romano, que, al parecer de los jurisconsultos, se dirigian al bien procomunal y no al provecho de los particulares. Todo esto constituia el derecho que no podian, segun la Regla, alterar los pactos privados.*

La ley Falcidia, por ejemplo, estaba considerada como de derecho público; y el heredero no podia renunciar el beneficio de ella sino despues de la muerte del testador. De igual manera fueron

* Cuyacio á la ley 38 D. *de pactis.*

clasificadas las Reglas del Derecho, declarándose, por lo mismo, insubsistentes los pactos que las modificaban ó infringian. * Justiniano introdujo el juramento de calumnia, y siendo reputada esta fórmula como de utilidad general, puesto que se la habia establecido para evitar que se litigara temerariamente, no era lícito omitirla por convenio de las partes. †

Eran tan caprichosas, por decirlo así, las nociones que los juristas romanos se habian formado acerca del derecho público y del privado, que una misma convencion podia considerarse ó no como ilegal, segun las circunstancias en que se la celebraba; y por ellas se decidia si se hallaba en oposicion con el uno,

* Ley 26 D. *de pactis.*

† *Authent. Principales personæ,* §. 4º *de jurejur. propter calum.*

ó versaba simplemente sobre materia correspondiente al otro. Se acaba de decir que no se permitia al heredero renunciar el beneficio de la ley Falcidia ántes del fallecimiento del testador. Se determinó así, porque la accion á la cuarta se reputaba como de derecho público, y el pacto privado no podia impedir el nacimiento de ella; pero una vez nacida á consecuencia de la muerte del testador y adquirida por el heredero, degeneraba en privada, quedando este expedito para renunciarla. El mismo frívolo razonamiento fué parte para que se prohibiera al comprador pactar con el vendedor la renuncia de la accion redhibitoria ántes de consumado el contrato, en atencion á haberla establecido el Edicto Edilicio que estaba clasificado entre las instituciones de derecho público.

Se ve, por lo expuesto, que las ideas

recibidas en el foro romano mal podian servir de norma para trazar la línea divisoria entre ambos derechos, y que no seria de gran peso en la disquisicion científica el argumento que sobre el particular hubiera de formularse en cualquiera sentido, tomando por base la legislacion justiniánea. Debe ademas advertirse, que en ella no se encuentra texto alguno terminante que eleve á la categoría de derecho público la sustanciacion civil; y si bien es cierto que no era lícito alterarla por convenio de las partes, como lo manifiestan los términos en que se expresa Justiniano al fin de la ley quinta *de temporibus appellationum*, de ellos mismos se infiere que la prohibicion tenia principalmente por causa el rigor tradicional con que se exigia la observancia de las fórmulas para la validez de los contratos y de los juicios.

Esto no obstante, algunos glosadores, como se ha indicado poco há, enseñaron que el órden judicial era de derecho público, sin cuidarse de fundar tal doctrina, que se ha sostenido en las aulas y en el foro merced á las vagas definiciones que, para caracterizar ambos derechos, se adoptaron por mucho tiempo en los tratados de jurisprudencia.

Segun ellos, se entiende por *derecho público* el que tiene por objeto primario la utilidad comun de preferencia á la individual; y por *derecho privado* el que inmediatamente se dirige á proteger los intereses individuales de cuya armonizacion resulta el bienestar general.

Pero como de este participan todos ó la mayor parte de los asociados, y como el provecho que á ellos directamente se proporciona redunda en el de la comunidad; de ahí resulta que en muchos ca-

sos es muy difícil discernir, si el beneficio de una ley es directo para la sociedad é indirecto para los miembros de ella, ó vice versa. Así, por ejemplo, tratándose del procedimiento civil, sostendrian unos que tiene por objeto primario el bienestar social, puesto que á este importa que nadie se haga justicia por su mano; miéntras otros afirmarian que se dirige á la utilidad privada, porque se lo emplea para resolver con gran probabilidad de acierto las cuestiones que sobre bienes se promueven por los particulares. Pues bien, ya se ha manifestado, que entre estas dos opiniones extremas existe una média, la cual puede sin vacilacion colocarse en el rango de apotegma, y es esta: el establecimiento de los tribunales tiene por objeto evitar el desórden general que resultaria de hacerse cada individuo justicia por sí solo,

y es, por lo mismo, de derecho público; pero la forma del procedimiento que se pone en práctica para dirimir las controversias de carácter civil, se ha establecido con la mira de proporcionar á las personas que litigan (muy escasas en número, comparándolo con el de las que no lo hacen) cuantos medios de accion y defensa pueden lícitamente emplear en pro de sus intereses, y es, por consecuencia, de derecho privado.

La verdad de esta doctrina resalta mas todavía, recurriendo, para examinarla, á las exactas definiciones que de uno y otro derecho han dado los tratadistas modernos. Hélas aquí:

Derecho público es el que arregla las relaciones de los particulares para con la sociedad á que pertenecen.

Derecho privado es el que arregla las relaciones de los particulares entre sí.

Marcada en estos precisos términos la línea divisoria de ambos derechos, los juristas han podido, sin temor de equivocarse, clasificar entre las materias del derecho público el constitucional (que lleva imbíbito el político) y el administrativo. A ellos se agrega el criminal, inclusa la sustanciacion, porque la sociedad se interesa directamente en que se descubran y repriman los delitos, no obstante la remision y aun la resistencia de la parte agraviada.

En cuanto á la legislacion civil, solo tres puntos contiene que pertenecen al dominio del derecho público: la patria potestad, el matrimonio y la herencia de los ascendientes y descendientes. * El motivo de esta excepcion se comprende sin esfuerzo, si se reflexiona que la fa-

* Véase la nota inserta en la pág. 99.

milia es el orígen de la sociedad: que es la sociedad misma en su primitiva forma. La familia se establece mediante un pacto que, al contrario de los del derecho civil, no es rescindible por el mutuo disentimiento de las partes. Una de estas tiene la fuerza física, y aun cuando no la emplée, puede abusar del afecto de la otra con perjuicio de sus intereses. Es por esto preciso que las relaciones civiles entre los consortes se arreglen por leyes especiales que no sean modificables á voluntad de ambas partes, porque respecto de la débil no hay manera segura de hacer constar la libertad del consentimiento.

En esa pequeña sociedad hay gobernantes y gobernados: aquellos sustentan y educan á estos, reprimen sus faltas y administran la hacienda comun. Importa, pués, al bienestar general, que los

primeros hagan buen uso de la autoridad que la naturaleza les concede, para que no se vicien esos planteles, que son el gérmen y la esperanza de los pueblos. En suma: si la sociedad reconoce gobernantes y gobernados en la familia, como los reconoce en el municipio ó en cualquiera fraccion del cuerpo político, preciso es que las relaciones civiles entre unos y otros sean asunto del derecho público.

Fuera de esas tres instituciones, todas las del derecho civil corresponden al privado, inclusa la sustanciacion; y la prueba es que la transaccion ó el desistimiento pueden poner término á cualquiera litigio, sin que alcance la autoridad á impedirlo, y aun cuando realmente hayan sido y queden sacrificados los intereses de uno ú otro de los litigantes, al contrario de lo que sucede en el procedimiento criminal.

Está con esto suficientemente demostrado, que oponerse al enjuiciamiento convencional en razon de que el derecho público no puede ser abrogado ni modificado por los pactos de los particulares, es hacer una falsa aplicacion de esta doctrina.

Para llevar la argumentacion al extremo, podria hipotéticamente concederse que el procedimiento civil es institucion de derecho público. Pero si examinada bajo otros aspectos la cuestion del enjuiciamiento convencional, resulta bien demostrada la conveniencia de adoptarlo definitivamente, deber de los legisladores será hacerle un lugar en los códigos de procedimientos. Una vez elevado al rango de pacto legítimo, ya no podria desechárselo con fundamento de la regla *jus publicum privatorum pactis mutari non potest;* porque, segun la hi-

pótesis bajo la cual se está razonando, las disposiciones relativas de los códigos formarian parte del derecho público; y al ponerlas en práctica los contrayentes, léjos de abrogarlo, no harian mas que apoyarse en él. Fundándose en esta consideracion, enseñan los tratadistas, con referencia á la ley quinta *de temporibus appellationum*, que el pacto de no apelar, ántes contrario al derecho público, dejó de serlo desde que la expidió Justiniano.*

Dilucidado hasta por demas este punto, tiempo es ya de examinar las teorías de los legistas que opinan porque los litigantes observen, mal de su grado, todos los ápices del formulario procesal.

Al fin del capítulo sexto se ha dado á conocer ya, entre otras doctrinas favo-

* Cuyacio á la ley 38 D. *de pactis*.

rables al enjuiciamiento convencional, la muy explícita de Parladorio, quien menciona como principales propugnadores de la idea á los glosógrafos del derecho canónico y á Maranta.

Este, en realidad, no expresa de una manera terminante su parecer, y se concreta á relacionar á los tratadistas que sostienen el pro y á los que siguen el contra; si bien, atendiendo á las reglas de interpretacion, debe creerse que opina como los segundos, por ser los últimos que menciona. *

Los glosógrafos del derecho canónico se fundan en el capítulo cuarto *de officio delegati*, al comentar la palabra *consensu partium.* He aquí el texto de la decretal: "En los juicios que se te encomien- "den para decidirlos dentro de cierto

* *Speculum aureum, part.* 4ª, *distinct.* 9, *num.* 213.

" tiempo, queremos que tengas presente, " al sustanciarlos, que despues del dia " prefijado por la Sede Apostólica espi- " ra el mandato, á no ser que se proro- " gue por consentimiento de las partes."

Basta pasar ligeramente la vista por este cánon, para convencerse de que, en vez de reprobar los pactos de enjuiciamiento, mas bien parece que los apoya; puesto que segun él conserva su jurisdiccion por consentimiento de las partes el juez delegado que no debiera ya ejercerla, á causa de haber trascurrido el plazo de la comision.

Tambien está de parte de los opositores el cardenal Francisco de Zarabella en su comentario á la clementina segunda *de verborum significatione;* * pero á ella son aplicables las mismas ob-

* Quest 13

servaciones que respecto de la decretal acaban de hacerse. Dispone que en los juicios por delegacion, cuando el Papa prevenga al juez que proceda *de plano y in estrépito ni figura de juicio*, no exija libelo ni contestacion, ni deje de actuar en los dias feriados: que abrevie, cuanto pueda, el litigio, desechando excepciones y apelaciones dilatorias, evitando contiendas de abogados y procuradores, y repeliendo la superflua muchedumbre de testigos.

Nada hay hasta aquí que contrarie ni funde la alteracion del procedimiento ordinario por convenio de las partes; pero en el resto de la bula se vierten especies que, ajenas de armonizar con la opinion del comentador, pudieran hacerse valer en contra de ella. En efecto, el Papa dispone que señale el juez un término para la absolucion de posiciones, *á no ser*

que expresen las partes su voluntad en contrario; y concluye diciendo que, *mediante el consentimiento de ambas*, es válida la sentencia pronunciada en la via ordinaria, aun cuando por disposicion pontificia, *general* ó especial, debiera haberse procedido sin figura de juicio.

De los anteriores conceptos se deduce que no discurrieron con madurez los glosadores, al buscar apoyo en los cánones para oponerse al enjuiciamiento convencional; pero aunque así no fuera, la ciencia no mira en estos mas que respetables doctrinas, ménos autorizadas á veces que las de los tratadistas, porque suele en ellas sacrificarse la filosofía del derecho al espíritu teocrático. Prueba de ello son la decretal y clementina de que se trata, puesto que aprueban ambas los juicios por comision contra los principios elementales de la recta admi-

nistracion de justicia. Se dirá que este fué un error de la época, y no de la curia romana exclusivamente. Bien está, pero no por eso deja de ser cierto el pernicioso influjo del ultramontanismo en la jurisprudencia canónica; y la multitud de bulas relativas al *oficio del juez delegado* parece indicar que esta abusiva práctica era mas frecuente en el foro eclesiástico que en el seglar.

Curcio Senior, interpretando en su tratado de los secuestros * la ley tercera C. *de pignoribus*, dice que el derecho que segun ella da el convenio al acreedor para entrar de propia autoridad en posesion de los bienes del deudor, solo tiene lugar miéntras no se recurra al juez, así como puede facultarse al arbitrador para que proceda sin guardar

* Inserto en el tom. 3º, part. 2ª del *Tractatus universi juris*, pág. 143, núm. 75.

el órden legal; pero que una vez deducida la accion judicialmente, habrá que recurrir á la sustanciacion ordinaria, que no admite modificaciones convencionales.

Desde luego se ve que tal interpretacion discrepa mucho de la que adoptan como genuina los juristas de nota, y de que se hizo mérito en el capítulo quinto. Allí se manifestó, refiriéndose á ellos, que en caso de haberse pactado la via de apremio, deberia el juez practicarla, y se dió por razon la siguiente: *El legislador quiso á tal grado roborar la* LEY DEL PACTO, *que declaró no ser caso de fuerza la posesion tomada de propia autoridad. Si pues dispone á renglon seguido que se pida al juez la ejecucion del convenio, y si por este se determinó el procedimiento que deberia emplearse, el seguir otro seria infringir y hacer*

irrisoria la LEY DEL PACTO, ***cuando tanta importancia se le atribuye.***

Termina Curcio Senior su razonamiento, fundándose en la citada Regla del Derecho, y aplicándola en el sentido poco ántes impugnado.

En ella misma se apoya Lucas de Penna, * siguiendo á Alejandro en sus "Adiciones á Bartolo," † para sostener que no puede sustituirse la via sumaria á la ordinaria por convenio de las partes.

Cuyacio, aunque no se pronuncia explícitamente en uno ú otro sentido, parece inclinado tambien á creer en su comentario á la ley treinta y ocho D. *de pactis*, que el procedimiento civil corresponde al derecho público.

Al talento de estos eruditos comenta-

* A la ley *submersis* C. *de naufragiis.*

† A la ley *in societatem*, §. *arbitrorum* D. *pro socio.*

dores no podian ocultarse, en medio de su oposicion al enjuiciamiento convencional, las razones que en favor de él militan, entre las cuales descuella la que se deduce de la facultad que por la ley natural corresponde á los litigantes para someter sus disidencias al juicio arbitral. En efecto, el dar jurisdiccion á quien no la tiene, es mas que determinar el modo de ejercerla; y si ellos pueden hacer lo uno y lo otro, ¿por qué se les priva en parte, la ménos importante, del derecho que en toda su plenitud les incumbe, y mas cuando los jueces, por el cargo que desempeñan, se hallan en el deber de entender en los litigios, y tienen á su favor la presuncion de aptitud y honradez?

Esta reflexion es de tal manera convincente, que hubo al fin de hacer fuerza en el ánimo del Cardenal y de Lucas de Penna, quienes, despues de sostener que

no era lícito el pacto de sustituir la sustanciacion ordinaria con la sumaria, añaden que para obtener las partes este resultado, les bastaria dar al juez facultad para que procediese como arbitrador. Así es que acaban por convertir en logomaquia lo que debiera ser una cuestion de principios, puesto que su doctrina queda resumida en estos términos: *para ajustar el pacto puede emplearse esta ó aquella fórmula; en el primer caso es válido y no en el segundo, aunque en ambos produzca igual efecto.* A tales inconsecuencias conduce el prohijamiento de una idea emanada de razonamientos erróneos!

Por lo que respecta á los tratados modernos de jurisprudencia, el autor del presente ignora que se haya dilucidado la materia en algun otro, y solo tiene noticia de la polémica sostenida

en el Cuerpo Legislativo sobre conveniencia de la cláusula de *voie parée*, al discutirse la ley de 2 de Junio de 1841. Como anteriormente se ha referido, la principal razon que se hizo entónces valer por los que sostuvieron el contra, fué el temor de los abusos. Así es que entre los adversarios del enjuiciamiento convencional, los antiguos se apoyan de preferencia en la consideracion de que el derecho público no puede ser alterado por pactos privados, y ya se ha procurado patentizar que sin razon invocan este principio: los modernos arguyen con los perjuicios que pudieran resentir los intereses particulares, y esta objecion será analizada al examinar el punto bajo el aspecto económico-político en el capítulo siguiente.

CAPITULO IX.

Propension de los gobiernos á ingerirse en los asuntos privados é inconvenientes de que se habitúen los pueblos á ese régimen.—El interes particular es mas previsor que las leyes.—Paralelo entre el principio de libertad y el de autoridad.—El enjuiciamiento convencional debe admitirse por razones análogas á las que hay para no poner tasa al interes del dinero.—Los pactos de enjuiciamiento contribuyen al desarrollo del crédito inmobiliario, y dan actividad á las transacciones.

De continuo propenden los gobiernos á ingerirse en negocios que son de la exclusiva competencia de los particulares, ora por la natural tendencia del poder á ensanchar su esfera de accion, ora porque las personas que lo ejercen, mirando á la sociedad desde la altura á que las ha elevado, llegan á persuadirse de

que los destinos de ella están de tal manera subordinados al influjo gubernativo, que de él depende exclusivamente el bienestar comun, sin tener en cuenta que el progreso social no es mas que la resultante de los esfuerzos que hace cada uno de los asociados para mejorar lícitamente su condicion individual.

Entre estos muy pocos son los que nacen para mandar, é innumerables los predestinados para ser conducidos. De ahí proviene que los segundos van de buena voluntad connaturalizándose con la tutela de los primeros, y acaban por creer, como dice Vivien, "que la accion "de la autoridad es indispensable en "todas las cosas, y que donde ella no "se encuentra, hay un vacío que llenar "en las leyes ó en los reglamentos." *

* Estudios administrativos, cap. II.

Pero ese estado de perdurable minoridad comprime la iniciativa especuladora, impide que se desarrolle el espíritu de empresa, y amortigua, en fin, la actividad individual, que es el espíritu vivífico de los pueblos.

Tratándose del provecho privado, el interes personal es mas previsor y mas segura guia que todas las leyes y reglamentos; como que puede considerárselo, despues del instinto de la propia conservacion, uno de los mas poderosos con que haya dotado la naturaleza el organismo humano.

Recuérdese el ejemplo palpable que para comprobacion de esta tésis encontró Juan B. Say en el cultivo de los cereales. "¿Podria haber una precaucion "mas sábia en apariencia, que la que "previniera á los cultivadores reservar "el trigo necesario para las siembras?

" ¡Cuántos argumentos se podrian ha-
" cer valer en favor de semejante dis-
" posicion! El hombre es tan poco pre-
" visor, y se encuentra de tal manera
" dispuesto á sacrificar al presente el
" porvenir, el incentivo del lucro actual
" es tan peligroso, que parece no debiera
" descansarse en el interes personal, tra-
" tándose de una precaucion de tanta
" importancia. ¿Qué seria del pueblo y
" del Estado, si la imprevision ó la nece-
" sidad defraudaran á los graneros la
" seguridad de la próxima cosecha? Sin
" embargo, á falta de reglamentos y de
" funcionarios destinados á la sobrevi-
" gilancia y conservacion de las semi-
" llas, ¿se ha carecido de ellas aun en los
" tiempos mas calamitosos?"

Si la induccion que del precedente razonamiento se desprende es cierta en asunto que afecta la bienandanza so-

cial, mas lo será cuando solo se trate de los intereses particulares aisladamente considerados, porque cada individuo cuida mas de estos que de aquella: á lo que se agrega que el detrimento que llegaran los unos á sufrir, debe por lo comun considerarse de poca trascendencia en comparacion del que pudiera resentir la otra.

En la generalidad de las cuestiones del órden político ó del económico campean dos principios antagonistas: el de libertad y el de autoridad. Los que exageran el segundo atentan en cierto modo contra la dignidad y el progreso de los pueblos; porque suponen al poder público investido de una capacidad superior á la colectiva de la sociedad, que lo llama á intervenir en una multitud de actos de la vida privada, creyéndolo mas diligente que la conveniencia per-

sonal, y erigiéndolo en director universal de las facultades y casi de las acciones de cada uno. Depresivo es, y mucho, para una nacion, que los miembros de ella no puedan, por decirlo así, dar un paso dentro de su propia casa sin que los conduzca la autoridad por la mano.

Aun suponiendo un plan de administracion pública tan bien entendido y tan previsor como se quiera, no podria nunca resumir en sí todas las luces, todo el genio de una nacion, todas las facultades vitales de ella. El efecto preciso de este sistema es retardar el desenvolvimiento de la riqueza social por las trabas que pone á los gobernados, paralizando sus trabajos, y desanimándolos en sus empresas.

Al venir el hombre al mundo, tiene que vivir en él merced á sus propios esfuerzos, ganando con su trabajo ese bien-

estar de que siente una irresistible necesidad; y es contrariar las leyes de la naturaleza el encomendar á las humanas el cuidado de los intereses privados, dejando al poder la direccion de ellos, y considerándolo como exclusivo artífice de la fortuna social. *

La exageracion del principio de libertad es tambien perniciosa, porque puede conducir á la anarquía; pero tal estado, por su mismo carácter de excepcional violencia, es pasajero como todas las crísis. La anarquía por sí sola se corrige; y no connaturalizándose jamas los pueblos con ella, no se comprende que llegue á ser, como la tutela gubernativa, el estado normal de una nacion.

Afortunadamente gana por todas partes terreno y está destinado á prevalecer

* Véase el Diccionario de Economía Política, art. *Policía.*

el principio de libertad, como mas conforme á los altos destinos de las sociedades cultas. La verdadera mision de la autoridad, si alguna vez ha de ser bien comprendida, consiste en *proteger la libertad léjos de comprimirla; y si restricciones hay que ponerle, deben ser las estrictamente necesarias para que cada individuo, al usar de la suya, no atente al derecho, es decir, á la libertad de otro.*

Si estas doctrinas, que están casi textualmente tomadas de economistas eminentes y en consonancia con los principios de la ciencia, se aplican al enjuiciamiento convencional, se advertirá desde luego que todas ellas le sirven de apoyo.

Los atentados contra el derecho ajeno solo pueden realizarse recurriendo á la violencia, á la clandestinidad ó la sorpresa. Y por lo que á la propiedad respecta, no puede llamarse atentado el

menoscabo que ella sufra por consentimiento expreso del dueño. Cuando las personas que tienen capacidad para contratar afectan sus bienes al cumplimiento de las obligaciones que recíprocamente se imponen, cada cual medita previamente la conveniencia del negocio, discute las bases con los demas interesados, formula sus propuestas en el sentido para ella mas ventajoso, y cede solo de sus primitivas pretensiones hasta donde cree que sus intereses lo permiten, para conciliarlos con los del otro ú otros contrayentes.

Bien puede ser que alguno obtenga mas ventajas ó se imponga mayores sacrificios; pero esto no es un atentado á los derechos ajenos ni en contra de los suyos, sino efecto de sus personales circunstancias ó de las especiales del *medio económico* bajo cuya influencia ha teni-

do que contratar, hallándose por causa de ellas en posicion de lucrar ó perder mas ó ménos. Esto es lo que pasa en los contratos, y lo que debe forzosamente suceder en los pactos de enjuiciamiento; y si estos hubieran de prohibirse por temor de que se perjudicaran los contratantes, otro tanto tendria que hacerse con aquellos.

Si pues (aplicando el corolario poco há deducido) no hay en tales pactos *atentado al derecho ajeno*, debe prevalecer en ellos el *principio de libertad*, para que la de los particulares no sufra de parte del poder inmotivadas restricciones.

Se podria objetar que en un país que ha avanzado en la via de la civilizacion, y en donde la justicia patriarcal seria ineficaz y anacronística, preciso es que exista un procedimiento determinado por la ley al cual deban ajustarse todos

los tribunales y todos los litigantes, so pena de entronizar la anarquía judicial, no pudiendo, por lo mismo, considerárselo como compresivo de la libertad individual. Bien está que lo haya; pero si atentamente se reflexiona sobre la naturaleza y objeto de esta institucion, se tiene de llegar á la siguiente consecuencia: *El procedimiento legal es de obligacion para los tribunales y de conveniencia para los litigantes.*

Es de obligacion para los tribunales, porque si cada uno de ellos hubiera de enjuiciar á su modo, no tardaria la arbitrariedad en suplantar el buen derecho, tornaríase en caos la administracion de justicia, y quedaria la fortuna pública á merced de sus custodios.

Es de conveniencia para los litigantes, porque garantiza en lo posible la imparcialidad del juez, proveyéndolos de cuan-

tos medios pueden apetecer para demandar y excepcionarse. Pero si los tribunales tienen el deber de administrar justicia conforme al formulario legal, los litigantes no están obligados á pedirla, y pueden prescindir de ella absolutamente, cuando así les convenga, ó nada mas en parte, adoptando la de dicho formulario que mejor cuadre á sus intereses.

Entre las muchas consideraciones que del órden económico pudieran tomarse para ameritarlas en favor de los pactos de enjuiciamiento, hay tres que merecen especial atencion.

Rrimera. A ellos son exactamente adaptables las razones que existen para no fijar tasa al interes del dinero.

Los legisladores han incidido por largo tiempo en el error de coartar la libertad de los contrayentes en el préstamo á interes, creyendo así evitar que se

explote la situacion del menesteroso, pero el efecto ha sido de todo punto contrario. La pena de la ley es un nuevo riesgo sobre los inherentes al alquiler de los capitales, y el mutuante no puede ménos de exigir una prima en compensacion. Disminuyendo por temor de la pena y de la detraccion el número de los mutuantes, y permaneciendo uno mismo el de los mutuarios, ó en otros términos, decreciendo la oferta y sosteniéndose la demanda, es forzoso que aumente el precio del numerario.

Si las personas que pueden celebrar contratos de cualquiera clase, están en la firme ereencia de que sus combinaciones darán un resultado mas pronto y seguro pactando de antemano un procedimiento especial para el caso de litigio, y se les prohibe hacerlo, cada una de ellas verá en la sustanciacion comun un

peligro, y procurará compensarlo exigiendo del otro contrayente una prima, que habrá por fin de sufragar el mas menesteroso, como que mayor empeño toma en la celebracion del contrato. Se ve, pués, que la prohibicion y las restricciones, en vez de proteger, comprometen la fortuna privada; y aun bajo el punto de vista moral deben las leyes, entre la prima y el enjuiciamiento convencional, optar por el segundo, puesto que el objeto de la una es proporcionarse lucro, y el del otro evitar perjuicios.

SEGUNDA. Los romanos, de todo punto extraños á la ciencia económica, no pudieron por falta de ella establecer las bases de un buen sistema hipotecario; pero reconocieron, merced á sus elevados conocimientos jurídicos, la conveniencia de facilitar la expropiacion del inmueble hipotecado, declarando válido

el pacto en que se faculta al acreedor para entrar en posesion de propia autoridad; y en tal caso, aun cuando se procediera judicialmente, no tenia el juez mas que dar mano fuerte al actor para que se ejecutara el convenio. Tal disposicion, sugerida por motivos de utilidad puramente privada, tenia por objeto facilitar las hipotecas, proporcionando al propietario recursos bajo condiciones equitativas en cambio de la ventaja que al capitalista resultaba de asegurar el reembolso al plazo estipulado, sin riesgo de litigio formal ni de crecidas erogaciones.

Ya se ha dicho, y sin decirlo se advierte, que el pacto de que se trata es una de tantas formas del enjuiciamiento convencional. Pues bien, la economía política ha venido á sancionar el precepto romano en sentido mas ámplio. A na-

die de los que la han siquiera saludado se oculta la poderosa influencia del crédito en la difusion de la riqueza pública. Para que lo tenga el suelo, no es bastante que la parte que de él se afecta al pago de un empréstito represente un valor equivalente ó mayor: se necesita, además, que se la pueda realizar fácilmente. Entónces los capitales, retraidos de la circulacion por falta de garantía, la encuentran tan firme como es de apetecerse, vienen á vivificar las operaciones industriales y mercantiles, y á reponer y acrecentar los edificios, embelleciendo las poblaciones, y proporcionando mayores comodidades á los habitantes.

Pero las ventajas del crédito inmobiliario, al cual tanto favorece el pacto enunciado, son todavía mas palpables en las especulaciones agrícolas. Por lo general, el suelo y el capital se hallan en

distintas manos. Ambos se necesitan y buscan, porque el terreno mas fértil sin el capital seria estéril; y porque en una sociedad bien organizada el capital prefiere el predio rústico al urbano, en razon de que un campo es mas duradera garantía que un edificio. Se hace, pués, necesario facilitar por todos los medios posibles la union del suelo y del capital, para dar empleo al trabajo, y para que, aumentándose los mantenimientos y pudiendo obtenerlos á bajo precio, crezca y prospere la poblacion.

Si bien los razonamientos que, tomados del órden económico-político, acaban de hacerse valer en favor del enjuiciamiento convencional, son mas perceptibles tratándose de la hipoteca, tienen tambien aplicacion á los demas contratos, y no se necesita esforzar mucho el entendimiento para convencerse de ello.

Si se trata de dar todo su desarrollo al crédito predial, no es todavía suficiente el facilitar por los medios mas adecuados la expropiacion del inmueble: es igualmente preciso dar á la persona que lo adquiera la seguridad de que podrá negociar con él bajo las condiciones que crea conveniente estipular; y como los pactos de enjuiciamiento pueden figurar entre las principales, desde luego se concibe que las razones ameritadas para admitirlos en la hipoteca son extensivas á los demas contratos.

Para mejor inteligencia de lo expuesto, debe tenerse presente que cualquiera traba en la enajenacion de bienes produce en ellos una depreciacion equivalente. La razon es, que deben obtener en el mercado preferencia aquellos cuya adquisicion sea mas llana y segura; y acumulándose los que de tal calidad ca-

rezcan en manos de los poseedores, ó lo que es lo mismo, aumentando la oferta, habrá forzosamente una baja en el precio. Esto es lo que pasa, por ejemplo, con las propiedades confiscadas, con las desamortizadas y aun con las sujetas al derecho de retracto. Si una finca de esta especie se ofrece juntamente con otra que, exenta de tales inconvenientes, represente igual ó menor valor intrínseco, es seguro que la segunda lo tendrá mayor en cambio, porque el adquirente lleva el convencimiento de que podrá mas facilmente negociar con ella.

Las reflexiones que acaban de emitirse no se concretan á los bienes raíces, sino que abrazan todos los que pertenecen al dominio privado. Ya en el capítulo tercero se ha demostrado que la mayor parte de los contratos tiene por base el cambio de bienes ó servicios: basta

el sentido comun para conocer que nada interesa tanto á la riqueza colectiva de un país como el aumentar y mejorar sus productos con menores gastos: la ciencia económica, por su parte, patentiza cuán poderosamente contribuye á este resultado la division del trabajo, así como que esta aumenta á proporcion que la esfera de los cambios se ensancha. De ahí es, que en la conciencia de todo el mundo civilizado está la necesidad de levantar las restricciones; y si han de obrar los legisladores en consecuencia, déjese á cada individuo el cuidado de sus intereses, y la libertad de contratar con ellos bajo las condiciones que mas convenientes le parezcan, inclusos los pactos de enjuiciamiento: LAISSEZ FAIRE!

TERCERA. Tan profunda es esa conviccion, que basta observar las grandes modificaciones que merced á ella se han

operado en la legislacion fiscal. Hay impuestos que, como el de enajenacion de inmuebles y la alcabala, han subsistido por mucho tiempo en algunos países, formando una parte considerable de las rentas nacionales. Cuando se trata de sustituir los antiguos, aunque los nuevos sean ménos onerosos y mas productivos, se presentan formidables obstáculos, ya por la dificultad de reglamentar el nuevo sistema, ya por la ciega oposicion que el espíritu de rutina le hace, ya, en fin, por el deficiente que debe forzosamente haber durante el período de transicion. Sin embargo de todo, los gobiernos de esos países han hecho, y siguen haciendo, todo género de esfuerzos y de sacrificios por suprimir tales gabelas, á pesar del cuantioso contingente traido por ellas para los gastos que demanda la conservacion del órden pú-

blico, solo porque las consideran anti-económicas, en razon de que entorpecen la actividad de los cambios: luego con mayor fundamento habrá que levantar las trabas impuestas al enjuiciamiento convencional, para lo cual no se necesita esfuerzo alguno de parte de la autoridad, y puesto que, sin las ventajas de las exacciones referidas, producen el mismo pernicioso resultado, aunque sea en menor escala.

Al pasar la vista por este capítulo, podria tal vez preocuparse el espíritu del lector, creyendo que los argumentos fundados en el principio de libertad y en la prevision del interes individual nada prueban por su misma generalidad; pues que llevándolos mas adelante, se acabaria, en última deduccion, por proclamar la inutilidad de las reglas establecidas en los códigos para la celebracion de los

contratos. Ya se ha anticipado en parte la respuesta, hablando del procedimiento; y basta reflexionar, para que la preocupacion se desvanezca, que tales reglas tienen el importante objeto, en cuanto á los particulares, de que no se ataque la propiedad ajena; y en cuanto á los tribunales, de fijar los principios á que deben sujetarse, para decidir en caso de colision de derechos, los que á cada contendiente incumben. Léjos de ser inútiles, hay que considerarlas como una pauta formada por la equidad y por la ciencia, á la cual tienen que sujetarse *ordinariamente* los tribunales en sus fallos, y los particulares en sus negocios, salvo el caso de pacto especial, pues este debe ser entónces la ley en asunto que solo afecte los intereses de los contrayentes.

CAPITULO X.

Despues de haber examinado la cuestion á la luz de la jurisprudencia y de los principios económicos, resta solo dilucidarla bajo el aspecto político.—Una vez establecido el enjuiciamiento convencional, no reportarán los gobiernos el descrédito consiguiente al atraso de la legislacion procesal.—Disminuirán el personal y los gastos de la administracion de justicia.—Se ennoblecerá mas la abogacía.—Se perfeccionará la sustanciacion, y se dará mayor ensanche á la garantía de la propiedad individual.

Parece que se ha profundizado ya suficientemente la cuestion de jurisprudencia; y como tambien se ha hecho aplicacion á ella de los principios económicos, resta solo examinarla bajo el punto de vista político.

No es de ahora ese clamor que por todas partes se levanta en contra de la administracion de justicia. Los antiguos decian que Astrea se habia refugiado en el cielo; y las quejas de las sociedades modernas bajo este respecto están formuladas en aquel verso proverbial de Mora:

¡Qué cosa tan injusta es la justicia!

Ese descontento general proviene ménos de la sustanciacion criminal que de la civil, y para ello hay varios motivos: 1º Que el número de los juicios criminales es menor que el de los civiles. 2º Que las personas á quienes los primeros afectan directamente no son tan notables como las que se interesan en los segundos. 3º Que importando mas á la autoridad la represion de los delitos que las cuestiones sobre bienes de los parti-

culares, se esfuerza por activar la una, miéntras que, llevando hasta la exageracion la regla de no proceder en las otras sino á instancia de parte, deja que se prolonguen por tiempo indefinido. 4º Que siendo la instruccion criminal uniforme en su marcha, y estando sujeto el procedimiento civil á continuas peripecias ocasionadas por la varia naturaleza de los juicios y por los ardides de los abogados, no es de extrañar que sean mas frecuentes en este que en aquella los errores de los jueces.

Si se tiene presente que las cuestiones políticas son por sí solas bastantes para dar continuo pábulo al descontento de los gobernados; desde luego se advierte que no hay prudencia en exacerbarlo, obligándolos á someterse á determinado sistema procesal, por mas que repugne á sus legítimos intereses.

No es lo comun que se preocupen demasiado los gobiernos en mejorar la administracion de justicia. La propia conservacion, la diplomacia y las cuestiones financieras absorben á tal punto su atencion, que apénas les permiten dirigirla distraidamente hácia el foro, para calmar de vez en cuando la grita de los litigantes contra los procedimientos judiciales.

Pero aun suponiendo que un gobierno dirigiera todos sus esfuerzos á mejorar la administracion de justicia, mucho seria si lograba dar algunos pasos mas allá del punto á que la ciencia ha llegado en materia de enjuiciamiento; y como tiene ella tanto que avanzar todavía para ponerse á la altura que demanda la civilizacion de la época, ese gobierno, á pesar de sus afanes, se haria responsable de los males provenidos del esta-

do de atraso en que la ciencia se encuentra, por obstinarse en imponer exclusivamente á sus gobernados determinado sistema de actuaciones, aun cuando este fuera el menos defectuoso de cuantos se hubieran ensayado en el mundo.

Pero si procurando los gobiernos introducir en la legislacion procesal todas las mejoras reconocidas como tales por la ciencia, dejan en libertad á los litigantes para determinar por pacto la forma de enjuiciamiento que juzguen adaptable á cada caso, ya no tendrian estos motivo de queja contra aquellos por causa de la sustanciacion; puesto que, en caso de no conformarse con la establecida legalmente, se los autorizaba para adoptar la que mas adecuada les pareciera. Los vicios de ella no serian entónces imputables al gobierno, sino á la ciencia por su estado de atraso ó á los

litigantes mismos por el pacto de sustanciacion.

Una vez establecido por ley el enjuiciamiento convencional, claro es que las tendencias de quienes á él recurran deben converger á suprimir actuaciones y abreviar términos. * De esto tiene que resultar una economía de tiempo y de trabajo en el despacho de los tribunales, la cual no tardará en producir, entre otras ventajas, las siguientes: 1ª Podrán ellos dirigir su atencion á todos los negocios en giro, de manera que no sea necesario paralizar los unos para ocuparse de los otros. 2ª Dictarán sus resoluciones con premeditacion y sin premura. 3ª A proporcion que disminuyan las labores, disminuirán tambien el personal y los gastos que en sostenerlo se erogan.

* Y así puede prevenirlo expresamente la ley.

A esto se agrega que reducida la sustanciacion por virtud de los pactos á trámites breves y bien determinados, y convencidas las personas que sean ó teman ser justamente demandadas de que todo ardid seria ineficaz para embrollarla, procurarán cortar los litigios por transaccion, ó no dar lugar á ellos, para no gravarse inútilmente con las costas. Así es que disminuyendo no solo el número de las actuaciones en cada juicio, sino el de los juicios mismos, hay mayoría de razon para prometerse las ventajas consiguientes al decremento de las labores judiciales.

Debe, asimismo, tenerse en cuenta, que la moral pública ganará mucho, si se logra evitar algunos de esos juicios escandalosos, en que el reo abusa de todos los medios de defensa que la ley le proporciona, para convertirlos en armas

con que descaradamente se resista al cumplimiento de sus obligaciones.

El personal de los jueces, que mas ó ménos reporta siempre la animadversion de los litigantes vencidos, no estaria expuesto á tantos odios y responsabilidades; porque normando sus procedimientos á la voluntad expresa de las partes, mal podrian estas quejarse ni resentirse de ellos.

La mision del jurisconsulto se ennoblecerá mas y mas, dirigiéndose, no solo á defender á los litigantes, sino á prevenir los litigios. Las personas que hayan de celebrar un contrato de tal cual trascendencia, ocurrirán desde luego á sus respectivos abogados, así para que, examinando y asegurando las ventajas que presente, lo ordenen y formalicen conforme á las leyes, como para que en él ingieran las convenciones conducentes

á alegar la posibilidad de un litigio, ó á procurar que sea lo ménos costoso y tardío en caso de que no pueda evitarse. Así es que á proporcion que vaya aumentando la intervencion de la abogacía en los contratos, irá disminuyendo en los juicios para bien de los abogados y de sus clientes. Entónces la abogacía *extrajudicial*, por decirlo así, habrá de ser mas apreciada; y como se la ejercerá de preferencia y con mas cuidado y dedicacion, habrá ménos motivo para desacreditar á los abogados, diciendo que suscitan y prolongan las contiendas judiciales para especular con ellas, puesto que igual ó mayor interés tendrán en prevenirlas.

Al celebrarse un contrato, el abogado de cada parte ha de procurar que ella tenga en caso de enjuiciamiento los medios mas prontos de accion y los mas

eficaces de defensa; pero como los intereses de los contrayentes serian inconciliables si cada cual reclamara todas las ventajas para sí, uno y otro tendrán que irse desprendiendo, durante la discusion de las bases del contrato, de aquellos recursos que no sean necesarios para el sostenimiento de sus derechos. Tratándose, por ejemplo, de ajustar un préstamo con intereses, como el pago de ellos ha de acreditarse con los recibos correspondientes, no seria sino muy puesta en razon la renuncia que el mutuario hiciera de todo género de prueba que no fuese la instrumental. Todavía mas: ningun inconveniente habria en pactar que los recibos se extendieran por el mutuante al calce del traslado de la escritura sacado para el mutuario.

Restringida así la prueba sin detrimento de nadie á un solo documento,

que conservaria el interesado cuidadosamente, natural y consiguiente seria reducir el término probatorio al que bastara para buscar y presentar el justificante de que se trata; y como el no exhibirlo argüiria, salvo un caso fortuito ó el de culpa lata, la inconsistencia de la excepcion, no tendrian dificultad las partes, ni la habria en estricto derecho, para convenir en que el mutuante procediera por la via de apremio, y sin ulterior recurso, contra el mutuario, en el evento de no producir este la prueba pactada.

En cada uno de los negocios ocurrentes se controvertiria cuidadosamente la manera de ordenar el procedimiento, conciliando la economía de tiempo y gastos con la incolumidad de los derechos. Con estas discusiones en que campearian el talento de los abogados, la expe-

riencia de los hombres de negocios y el admirable instinto del interes particular, la sustanciacion iria sucesivamente mejorando merced á los esfuerzos constantes de tantas y tan competentes inteligencias: se inventarian nuevas formas, se combinarian diversamente las conocidas, se suprimirian las inútiles; y la legislacion procesal tardaria ménos tiempo en alcanzar el grado de perfeccion á que ha llegado el derecho propiamente dicho.

Natural es, por otra parte, que las libertades públicas vayan teniendo mayor amplitud y respetabilidad á proporcion que la cultura aumente. La libertad de la prensa, la de cultos, la de reunion, la de enseñanza etc., van siendo ya verdades prácticas en todo el mundo civilizado. Ellas, por lo que respecta á los países regidos por instituciones verdaderamente

liberales, no reconocen mas restricciones que las estrictamente indispensables para la conservacion del órden público. El camino que conduce á los altos puestos de la administracion está abierto para todos los ciudadanos. Y si puede cualquiera de ellos influir en los destinos del país por el participio que tome en la direccion de los negocios ó en la eleccion de los funcionarios públicos, no hay razon para impedirles que arreglen por convenios particulares la manera de prevenir ó terminar sus contiendas judiciales, puesto que mayor capacidad se necesita para lo primero que para lo segundo. El mal uso que pueda hacerse de los derechos políticos, como que trasciende á la sociedad, es mas peligroso que el del enjuiciamiento convencional, que solo podria afectar los intereses privados.

Si se tratara de imponer una obligacion, previniendo que todos los que hubieran de celebrar un contrato, pactasen, al tiempo de formalizarlo ó despues, la manera de dirimir las contiendas á que pudiera dar lugar; semejante precepto seria absurdo, así como absurdo es el someter á los litigantes mal de su grado á un sistema procesal fijo, que debe resentirse del atraso de la ciencia en punto á sustanciacion, ó ser, cuando ménos, inadecuable á todos los casos litigiosos.

Pero no se trata de eso, sino de reconocer y consignar un derecho que pueden ó no ejercitar libremente las partes contratantes. Si ellas creyeren peligroso apartarse del formulario establecido por la ley, este será el que se les aplique, en caso de no haber pacto de enjuiciamiento. Nada de aumentar obligaciones sino de conceder franquicias. En

ello tienen mucho que ganar las instituciones y los gobiernos sin detrimento alguno de los intereses sociales.

A medida que una sociedad se civiliza y va penetrándose de la importancia de los derechos políticos, se hace preciso ampliarlos; y el resistirse á ello por temor del abuso, seria contrariar abiertamente la ley del progreso. Si pues aberracion habria en esto, mayor es la que se comete al restringir la libertad de los pactos, prohibiendo los de enjuiciamiento so pretexto de tutorear á los asociados, ingeriéndose en el manejo de sus negocios particulares. ¿Cómo pueden conciliarse tantas prerogativas, dirigidas en el órden político á enaltecer la dignidad del hombre que ha llegado por su cultura á merecerlas, con las restricciones que sin hacer cuenta de aquella se le ponen todavía en el órden judicial?

Por otra parte, el enjuiciamiento convencional, en último análisis, no es mas que el ejercicio del derecho de propiedad; y nadie ignora que miéntras mas se amplia ese derecho, miéntras mas se lo fortifica y respeta, mas prosperan las sociedades. "A todos los viaje-"ros," dice Thiers, "ha impresionado el "estado de languidez, de miseria y usura "devorante de los países en que la pro-"piedad no está suficientemente garan-"tida." Ella recibió de la gran revolucion filosófica del siglo pasado la mas solemne consagracion en el acta de derechos que sirve de preámbulo á la constitucion francesa de 1793. El artículo 16 dice: "El derecho de propiedad es el que to-"do hombre tiene de gozar y disponer "á su arbitrio de sus bienes, de sus ren-"tas y del fruto de su trabajo é indus-"tria." Desde entónces las legislaciones

de todos los pueblos cultos rivalizan por extender y sancionar los fueros de la propiedad; y puede asegurarse que la amplitud de estos da la medida de la civilizacion de aquellos.

El derecho de propiedad trae por necesaria consecuencia el de disponer de los bienes propios, el de trasmitirlos á título oneroso ó lucrativo, cambiarlos, venderlos, darlos ó *destruirlos*. Ahora bien: las acciones que emanan de un contrato son con justicia consideradas como bienes de los contrayentes; y al pactar el modo de hacerlas efectivas en caso de cuestion judicial, no hacen mas que disponer libremente de su propiedad.

Pudiera temerse que la amplitud concedida á los pactos de enjuiciamiento diera lugar á que se ajustasen algunos tan deformes ó incompletos, que en vez de abreviar el litigio y de hacer efecti-

vas las acciones justamente ejercitadas, las complicara extraordinariamente, sin ilustrar la conciencia del juez, y poniéndolo en riesgo de pronunciar un fallo erróneo. Pero ese temor es de todo punto fútil. Hay personas que por hábito ó profesion están de continuo tratando cierta clase de negocios cuyas faces conocen perfectamente, y que saben, por haber ventiládolos en juicio, cómo se abusa de los recursos que ofrece el procedimiento ordinario para embrollarlo. Los comerciantes respecto de las operaciones que entre sí efectúan, los que hacen préstamos mediante libranza ó hipoteca, los que especulan en determinadas empresas industriales ó artísticas, están muy al tanto de la legislacion relativa, de las eventualidades que pueden presentarse en el curso extrajudicial ó judicial de dichos negocios, y es seguro

que no irán á comprometer torpemente el éxito de ellos. A estas personas, que mayor riesgo corren de entrar en litigios, interesa de preferencia el enjuiciamiento convencional para simplificarlos ó prevenirlos; y debe de la pericia de ellas esperarse, que contribuyan de una manera eficaz al mejoramiento del sistema procesal. En cuanto á los individuos que accidentalmente celebren tal ó cual contrato, es de creerse que, ó no se apartarán mucho de la legislacion comun en sus pactos de enjuiciamiento, ó que si lo hacen, pedirán para ello consejo á los inteligentes. Algun desatentado podria aventurar neciamente sus intereses; pero no es esto lo natural, y las leyes no se dan para los casos excepcionales.

A lo dicho se agrega que bastaria, para evitar pactos absurdos, prevenir: 1º Que en ellos se conservaran siempre, co-

me partes elementales del juicio, la demanda, la contestacion y, versándose cuestiones de hecho, la prueba. 2º Que rigiera respecto de los puntos omisos la legislacion comun.

Podria tal vez replicarse que hay algo de humillante para los jueces en sujetarlos á la pauta que para el desempeño de sus funciones les presenten los litigantes. Esto no pasa de una aprehension sugerida por la falta de familiarizacion con el enjuiciamiento convencional. Los pactos son leyes. Los jueces, expensados para servir al público, están en la obligacion de llevarlos á efecto, secundando la voluntad de los contrayentes; y si esta se ha manifestado, no solo respecto del objeto principal del contrato, sino en cuanto al modo de ejecutarlo en caso de litigio, en ambos puntos debe ser obsequiada por el juez, porque

lo segundo no es mas que parte accesoria y consecuencia natural de lo primero. Ahora, si alguna vez, que será muy rara, llegare á pactarse cualquiera procedimiento realmente depresivo para la autoridad, en sus facultades está desecharlo, y podria para ello concedérselas especialmente la ley de la materia.

CONCLUSION.

Epílogo.—Se examina en lo relativo al enjuiciamiento convencional el código de procedimientos promulgado en la República Mexicana para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California.—Proyecto de ley complementaria que pudiera con mas ó ménos modificaciones incluirse en los códigos procesales modernos para sancionar la reforma de que se trata.

En el largo razonamiento que se ha desarrollado hasta aquí, hay algunas ideas capitales que, aunque esparcidas por razon de método, se relacionan íntimamente, y podrian, haciéndolas converger como en un foco, arrojar mas viva luz sobre el punto científico que se procura esclarecer.

La era de Justiniano legó en el Cuerpo del Derecho á los siglos subsiguientes una joya de inmensa valía, cuyo anticuado engaste, contrastando con el progreso de la época, necesita, sobre las reformas en él operadas, las que aun pudieran introducirse mediante el concurso de todas las inteligencias que se afanan por expeditar la recta administracion de justicia.

El *derecho* propiamente dicho es en la legislacion romana al enjuiciamiento, lo que las doctrinas proculeyanas á las sabinianas. Emanacion el uno de la ciencia, mal se aviene con la concomitancia del otro que, como engendro de la oligarquía y del monopolio del foro, entraña de consiguiente los vicios propios de su orígen.

¿Cómo es que no se ha logrado extirparlos todavía?

Aunque el fenómeno á primera vista sorprende, basta, para explicarlo, tener en cuenta las falsas ideas que en punto á organizacion del poder prevalecieron por tantos siglos, y el atraso en que se mantenian por consecuencia todos los conocimientos relativos á la administracion pública. Al derecho de conquista sucedió el feudalismo, y á este las monarquías de derecho divino. Qué era el derecho internacional ántes de Grotius? Quién oyó hablar del constitucional y del administrativo durante el siglo pasado? La economía política y la estadística son de ayer; y hoy es cuando por primera vez comienzan á ver la luz los tratados en que se examina filosóficamente el procedimiento judicial.

La codificacion, en buena hora iniciada por la revolucion francesa, ha sido un gran paso; pero aun quedan muchos que

dar para que llegue á consumarse la reforma.

A este resultado debe grandemente contribuir la adopcion del enjuiciamiento convencional, cuya conveniencia, casi desconocida, se deduce naturalmente de los principios jurídicos.

* * *

Uno de los descubrimientos con que mas se arroba el espíritu en el estudio de la naturaleza, es el de que ella obtenga por los mas sencillos medios los resultados mas grandiosos. Las ciencias y las artes, aprovechando ese alto ejemplo, procuran de continuo mejorar sus procedimientos, haciéndolos mas proficuos con menor esfuerzo.

Lo que bajo este respecto pasa en el mecanismo industrial, es igualmente apli-

cable al político ó administrativo. Todo lo que sea simplificar trámites y disminuir el número de los agentes sin detrimento del servicio público, equivale á suprimir ruedas inútiles que solo servian para entorpecer el movimiento general de la máquina. De esto se infiere que *la bondad del régimen judicial será tanto mayor, cuanto menor sea el esfuerzo que haga la autoridad para mantener á cada uno de los asociados en la pacífica posesion de sus derechos.*

* * *

En las sociedades nacientes los pactos son escasos, y pueden reducirse á la permuta y el comodato. Pero aumentando el número y diversificándose la forma de ellos en proporcion del desarrollo social, el poder público, so pretexto de evitar abusos, impone trabas, y propende á in-

gerirse cada vez mas en la direccion de los asuntos particulares. Llegan, por fin, los pueblos á su edad adulta: la tutela gubernativa acaba por ser, no solamente ominosa, sino impracticable á causa de la multitud y variedad de las convenciones; y los asociados recobran la libertad de pactar, que por derecho natural les compete, y de que se los priva por una de esas deplorables aberraciones á que parecen estar fatalmente sujetos, lo mismo los gobiernos que los individuos, durante ciertos períodos de su existencia.

Tanto mas resalta en las legislaciones esa anomalía, cuanto que todas ellas equiparan los pactos con las leyes; pero los legisladores, al paso que proclaman teóricamente el apotegma, lo desconocen en la práctica, hasta que llegan por experiencia propia á persuadirse de que el interes particular es mas previsor que

las precauciones legislativas. Por eso es que la jurisprudencia y la economía política han establecido ya como principio que *los pactos, á la vez que son leyes para quienes los ajustan, no deben tener mas restriccion que el respeto debido á la moral y al derecho de tercero, ni mas solemnidades que las necesarias para hacer constar la voluntad de los contrayentes.*

* * *

Si pues la libertad de pactar debe ser completa, y si las partes forman un pacto dirigido á minorar el esfuerzo del poder judicial en la tuicion de los intereses individuales, el pacto no solo es válido, sino que merece amplia y especial sancion, porque tiende á perfeccionar la administracion de justicia.

Tal es la base científica del enjuicia-

miento convencional que, aparte de las muchas ventajas demostradas en el curso de esta obra, presenta la de prevenir toda queja contra el sistema procesal adoptado por la ley. Si tiene este defectos, no están los litigantes obligados á someterse á él, sino que se los faculta para poner en práctica el que mas adecuado les parezca. Si ganan en el cambio, lo deberán á la institucion de que se trata. Si pierden, culpa será de ellos, puesto que un gobierno haria cuanto pudiera racionalmente exigírsele, mejorando el procedimiento oficial, sin constreñirlos á pasar por los inconvenientes de que soliera en ocasiones resentirse. En uno ú otro caso la libertad ganaria siempre; y la excelencia de la administracion pública consiste en desempeñarla á gusto del pueblo.

Habiendo alcanzado entre los roma-

nos el *derecho* propiamente dicho un grado tan alto de perfeccion, y conexionándose íntimamente con el procedimiento, natural es que suministre el uno doctrinas aplicables á la reforma del otro. Así efectivamente sucede; y los rudimentos del enjuiciamiento convencional se encuentran bastante bien determinados en las leyes séptima, título catorce, libro dos del Digesto, primera *de jurisdictione*, quinta, párrafo sexto, *de temporibus appellationum*, y tercera *de pignoribus* en el Código, que sancionan respectivamente la renuncia del interdicto de obra nueva, la del fuero competente, la de la segunda y ulteriores instancias, y el pacto que faculta al acreedor para entrar de propia autoridad en posesion de la hipoteca, cuyas leyes fueron expedidas en las épocas mas prósperas para la ciencia.

Los glosadores vislumbraron la grande idea que esas leyes envuelven; pero sin apercibirse de que contenia todo un sistema de enjuiciamiento, sin apreciar su base científica ni su conveniencia práctica, acogiéndola solamente porque la encontraban consignada en el Cuerpo del Derecho, cuyos preceptos tenian en tanta veneracion como la de un islamitá por los del Coran. No obstante, como disentian acerca de la genuina interpretacion de la ley tercera C. *de pignoribus*, el calor de la discusion fecundó el gérmen depositado en la legislacion justiniánea, resultando de ahí que adoptara el foro, no el sistema completo, que no habia sido hasta hoy tomado en consideracion, sino solamente dos convenios especiales de sustanciacion llamados "pacto ejecutivo" el uno, y el otro "cláusula de *voie parée:*" esta muy gene-

ralizada en Francia, y aquel por largo tiempo recibido en España, Italia y Alemania.

Si mucho arguye en apoyo de los pactos de enjuiciamiento la circunstancia de haber adoptado algunos el derecho romano, y la de que hayan por tanto tiempo observádose en la práctica forense de las naciones mas cultas los dos que acaban de mencionarse, habla todavía mas alto en favor de todos los de su especie esa tendencia constante de los pueblos á buscarse jueces y procedimientos de su eleccion, para evitar los gastos y dilaciones que origina el procedimiento legal. Baste ameritar en prueba de ello el arbitraje, la legislacion mercantil y aquel ahinco de las clases trabajadoras, durante el renacimiento de la industria en la edad média, por suprimir en los contratos y en los juicios el embarazoso

formulario de las legislaciones romanizadas.

Las objeciones ameritadas por la minoría de los tratadistas están en desacuerdo con la filosofía del derecho y con las doctrinas económico-políticas. Los antiguos impugnadores, discurriendo bajo la falsa hipótesis de que la sustanciacion civil forma parte del derecho público, sostienen que dichos pactos infringen la regla de derecho que dice: *Jus publicum privatorum pactis abrogari aut mutari non potest.* El error provino, así de las confusas nociones que los romanos tuvieron acerca de los derechos público y privado, como de la vaguedad con que se los definió por mucho tiempo en las aulas, asentando que el uno tiene por objeto primario la utilidad general, y el otro la individual.

Como el bienestar comun no es mas

que la suma de las comodidades personales, se hace muy difícil discernir si una disposicion tiende á promover directamente el uno ó las otras. Pero desde que los estudios modernos marcaron distintamente la línea divisoria entre ambos derechos, asignando al público las relaciones de los particulares con la sociedad en que viven, y al privado las de los particulares entre sí, ha entrado en el número de las doctrinas incontrovertibles la de que *si bien la institucion de los tribunales, puesto que va dirigida á conservar el órden social, evitando que los individuos se hagan justicia por su mano, pertenece al derecho público; los medios de accion y de defensa corresponden al privado, como establecidos principalmente en favor de los litigantes, quienes están, por lo mismo, en libertad para renunciarlos.*

El argumento prominente de los impugnadores modernos, con referencia á la cláusula de *voie parée*, es el temor de los abusos. Entre personas que contratan libremente, el interes individual es el garante mas eficaz contra las asechanzas de cualquiera de ellas. Cada contrayente ha de procurar para sí todas las ventajas; y no cederá de sus pretensiones, sino en cuanto sea necesario para conciliarlas con las del otro. Si obtiene alguno mas ventajas, ó reporta mayor quebranto, esto será, por lo general, efecto de sus personales circunstancias, ó de las especiales del lugar ó tiempo en que se ajuste el contrato. Si la aprehension del perjuicio que pudieran las partes sufrir con los pactos de enjuiciamiento fuera bastante para prohibirlos, otro tanto deberia hacerse con todas las convenciones.

Ademas, las restricciones impuestas á la libertad de pactar tienen, entre otros muchos, dos graves inconvenientes: 1º Redundan en daño directo de la sociedad, porque paralizando la actividad de los cambios, estancan mas ó ménos la riqueza pública. 2º Agravan la situacion del contrayente necesitado, á quien acaba el que no lo está por arrancar alguna concesion extraordinaria para compensar las exigencias de la ley.

Cuando muy avanzada estaba ya la composicion de este ensayo, salió á la luz pública el código de procedimientos promulgado en la República para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California. Examinada esta compilacion bajo el punto de vista del enjuiciamiento convencional, preciso es reconocer las

elevadas miras de sus autores y el espíritu filosófico de que se hallaban animados al disponerla. En ella se encuentran sancionados varios pactos de sustanciacion cuyas ventajas seria ocioso encarecer ahora, despues de tanto como de antemano se ha dicho, y cuando va la experiencia á patentizarlas ántes de mucho. Pero es de lamentarse, que por no haber sido con anterioridad analizado el sistema en los tratados jurídicos, no hayan podido apercibirse de su importancia esos distinguidos jurisconsultos, de quienes es de creerse que si en parte lo acogieron, obraban impulsados, mas que por el análisis científica, en fuerza de la tendencia que han manifestado siempre los pueblos á la simplificacion procesal, y que es uno de los caracteres que marca la aproximacion de ellos á la tercera etapa del en-

juiciamiento, segun se ha dicho en el capítulo segundo.

Aventurado parece este concepto tratándose de personas que tanto lustre han dado al foro mexicano, pero hay dos consideraciones que inducen á juzgar así: 1ª que el código no aprueba sino determinados pactos, y eso en disposiciones esparcidas aquí y acullá, que no son mas que partes incompletas y desfiguradas del sistema de que se trata: 2ª que entre los aprobados, algunos están sujetos á restricciones que, á la verdad, no tienen razon de ser.

Para demostrar la exactitud de los asertos precedentes, basta examinar, siquiera someramente, las disposiciones que al asunto conducen.

A cinco pueden reducirse los pactos de sustanciacion autorizados por dicho código:

I. El de fuero competente (art. 223.)

II. El de expropiacion extrajudicial del deudor hipotecario (art. 996 y sig.)

III. El de via sumaria en lugar de la ordinaria (art. 891, fracc. 10ª)

IV. El de procedimiento verbal en vez del escrito (art. 1.079, fracc. 2ª)

V. El arbitraje (tít. 12.)

En los dos primeros, los codificadores supieron colocarse á la altura de su mision. "Es juez competente aquel á quien "los litigantes se hubiesen sometido ex- "presa ó tácitamente." Tal declaracion, á la vez que importa un triunfo para la libertad y para la ciencia, viene augurando el que está reservado al enjuiciamiento convencional. Jueces á satisfaccion de las partes, y procedimientos adecuados á las circunstancias de ellas y á las especiales de cada negocio: hé aquí el objeto de la reforma. Pues bien, cuan-

do ya comienza á consignar la legislacion moderna con tanta explicitud el primero de esos derechos, debe esperarse que no tarde en reconocer el segundo, ora por ser este consecuencia de aquel, ora porque puede considerárselo como una concesion de menor entidad. La alteracion de los medios de accion y defensa es, en efecto, ménos importante que la de las funciones jurisdiccionales, porque los unos están puramente establecidos para beneficio de los particulares, miéntras las otras se conexionan bajo cierto respecto con el órden social.

El artículo 229 dice: "Ni por sumision " expresa ni por tácita se puede proro- " gar jurisdiccion sino á juez que la ten- " ga del mismo género que la que se " proroga." Aunque este precepto envuelve una restriccion, no es por ello re-

prochable, puesto que va dirigida á poner en salvo la division genérica de las jurisdicciones y la jerarquía judicial que, como ya se ha dicho, pertenecen al derecho público.

Las disposiciones relativas á la expropiacion extrajudicial del inmueble hipotecado son dignas de elogio, porque interpretan y desarrollan hábilmente la filosófica idea consignada en la ley tercera C. *de pignoribus*, levantando en el país el crédito demasiado abatido de la propiedad predial.

Se establece un procedimiento sumarísimo para el caso de resistencia del deudor, no admitiéndole mas excepciones que la paga ó la novacion constantes en escritura pública, y la prescripcion de la accion hipotecaria. Mas aún: por retraerlo de litigar, se lo conmina con exigirle ademas de las costas una multa

equivalente al cinco por ciento sobre el interes del pleito, en caso de que no justifique cumplidamente sus defensas.

En cuanto á la sustitucion de la via ordinaria por la sumaria, el art. 911 consigna una restriccion de todo punto inmotivada. Héla aquí: "Los que por con-
" venio se sujeten á juicio sumario, po-
" drán acortar, expresándolo en la es-
" critura ó acta, alguno de los términos
" que conforme á esta ley corresponden
" á esa clase de juicios; pero nunca alar-
" garlos, ni invertir el órden del proce-
" dimiento."

Qué inconveniente resulta de prolongar esos términos? Se altera el órden social ó el administrativo, ó sufren por ello perjuicio las partes ó el público? Si es permitido estrecharlos, con lo cual podrian ellas alguna rara vez perjudicarse por falta de tiempo para preparar ó hacer

valer sus recursos, no hay razon para privarlas del que estimen adecuado al buen éxito de sus combinaciones. Como en caso de seguir, si quisieran, la via ordinaria, tendrian, segun la ley y sin detrimento de nadie, la mayor amplitud en los plazos, es claro que la restriccion enunciada infringe la regla de derecho que dice: "A quien se concede lo mas, " no puede negarse lo ménos."

Estas observaciones son aplicables al pacto de procedimiento verbal en vez del escrito, ya que la fraccion 2ª del artículo 1.079 contiene en su parte final la misma inexplicable cortapisa que acaba de hacerse notar en el 911.

En la manera de reglamentar el arbitraje se advierte elevacion de miras, respeto al principio de libertad é innovaciones acordes con la naturaleza y tendencias de la institucion. Todos los ne-

gocios civiles, con rarísimas excepciones, y aun la responsabilidad civil que provenga de delito, pueden someterse al juicio arbitral (tít. 12, cap. 3º) Si á las partes no conviniere la intervencion de los tribunales, se las deja expeditas para evadirla (art. 1.361.) A ellas incumbe determinar la forma del procedimiento (art. 1.277, fracc. 11ª)

Esta última disposicion envuelve una tendencia tan pronunciada hácia el enjuiciamiento convencional, que habria bastado, para dejarlo establecido, prevenir que procedieran como árbitros, siendo para ello nombrados, los jueces cuya jurisdiccion fuera de la misma especie que la correspondiente al negocio comprometido. Pero léjos de hacerse tal prevencion, el art. 1.316 prohibe á los agentes del poder judicial ejercer funciones arbitrales.

Es digna de notarse aquí la contraposicion de ideas que sobre dos puntos importantes hay entre los antiguos glosadores y el código. En el capítulo octavo se ha dicho que el cardenal Francisco de Zarabella y Lúcas de Penna, despues de sostener que no es lícito el pacto de sustituir la via ordinaria con la sumaria, añaden que pueden las partes obtener ese resultado, dando al juez facultad para que proceda como árbitro. El código, por el contrario, admite la sustitucion, y declara incompatible la judicatura con el arbitramiento.

¿Cuál de ambas prohibiciones puede invocar en su apoyo la filosofía del derecho?

A decir verdad, ninguna de ellas.

No la de los tratadistas, puesto que se ha demostrado ya que la administracion de justicia se perfecciona á me-

dida que disminuye la accion de los tribunales sin detrimento de los intereses privados.

No la del código, porque no se encuentra su fundamento científico. Si "pue-
" den ser árbitros todos los que se ha-
" llan en el pleno ejercicio de sus dere-
" chos civiles" (art. 1.315), por mas que desconozcan las prácticas judiciales, hay algo de anómalo en privar á los compromitentes de las ventajas consiguientes á la eleccion de personas que por su profesion é investidura ofrezcan mayores garantías de imparcialidad y acierto.

Si no se queria que los jueces con su carácter autoritativo, desempeñaran, *pro tribunale*, funciones arbitrales, esto no obstaba para que lo hicieran en lo privado. No habria temor de que se los distrajera de su empleo, porque, á no haber compromiso, ellos deberian conocer,

y porque en el hecho de tratarse de una comision particular, estarian expeditos para admitirla ó renunciarla.

La prohibicion data de las Ordenanzas de Medina dadas por los Reyes Católicos; y fué motivada por la abusiva práctica de instigar los tribunales á las partes para que comprometieran los litigios, y aun compelerlas á que nombraran árbitros entre los individuos de dichos tribunales.

Es de creerse, por lo mismo, que los codificadores prohijaron la idea solo por haberla visto consignada en la legislacion antigua.

Si reparos hay que hacer al código de que se trata, cuando tan inclinado se muestra á la reforma, ¿qué podria decirse de los de otros países que absolutamente la desconocen ó la rechazan?

A ser exactos los razonamientos ex-

pendidos en el contexto de esta obra, hay de seguro un vacío que llenar en la legislacion procesal.

Con esta mira podria ponerse á pública discusion, para complemento de los códigos modernos, un proyecto de ley formulado poco mas ó ménos en los términos que á continuacion se expresan, para que examinado y reformado por los juristas, se lo ensayara en la práctica, dándole el carácter de ley comun, que seria despues codificada con las modificaciones que la experiencia indicase, y con las adecuadas á la índole, cultura é instituciones de cada pueblo; ya que tan acertadamente ha equiparado algun publicista la administracion pública con una funcion matemática, en que la cantidad constante son los principios científicos, y la variable, las circunstancias de tiempos, lugares y personas.

que sea competente por ley ó pacto legal.

II. Que se conserven los elementos de la sustanciacion, es decir, la demanda y la contestacion, así como la prueba cuando el caso la requiera. Esta prevencion no obsta para que las partes determinen las acciones, excepciones y medios probatorios, que hayan exclusivamente de admitirse.

III. Que se dirija á disminuir la accion de los tribunales.

IV. Que no altere la jerarquía judicial ni la division específica de las jurisdicciones. Infringido este precepto, la inhibicion procederá de oficio sin mas recurso que el de responsabilidad.

ARTICULO 3º

En los juicios universales se necesita el consentimiento de todos los interesa-

dos para la validez de las convenciones de sustanciacion. Las que no tengan este requisito, solo se observarán en cuanto lo permita el carácter y secuela del procedimiento principal.

ARTICULO 4º

Los pactos de enjuiciamiento no son admisibles en los juicios sobre alimentos futuros, estado civil, divorcio ó nulidad de matrimonio.

ARTICULO 5º

En los puntos omisos se observará la sustanciacion comun. Lo mismo se practicará, á instancia de cualquiera de las partes, respecto de los dudosos, si no los aclaran de comun acuerdo dentro del plazo que el juez les fije.

ARTICULO 6º

Pareciendo inválido cualquiera de los procedimientos pactados, el juez ó tribunal que haya de practicarlo hará, llegada la vez y previa una audiencia verbal, la declaracion correspondiente, contra la cual solo se admitirán los recursos que, atenta la naturaleza é importancia del juicio, conceda la legislacion procesal vigente; y todos ellos se sustanciarán tambien con solo una audiencia verbal.

ARTICULO 7º

Determinada irremisiblemente la insubsistencia, se suspenderá el procedimiento hasta nuevo convenio; y si las partes no lo hicieren, se observará, á instancia de cualquiera de ellas, la sustan-

ciacion comun en todo ó en parte, segun que la invalidacion sea total ó parcial.

ARTICULO 8º

En caso de inobservancia del procedimiento pactado, contradiciéndola durante la instancia cualquiera de las partes, y no pudiendo reclamarla por via de agravio, habrá lugar el recurso de responsabilidad, y aun el de casacion si la calidad del juicio lo admitiere.

INDICE.

PAG.

